

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3855/2006

ATAS/319/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 14 mars 2008

En la cause

Monsieur F _____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, rue de
Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 Genève 2

intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur F_____ a signé en date du 10 août 2005 un contrat d'emploi temporaire avec le Service des mesures cantonales (SMC) pour une durée maximale de quatre mois et quinze jours, soit du 10 août au 30 décembre 2005. Le paiement du salaire, soumis aux charges sociales, a débuté le 10 août 2005.
2. Un avenant à ce contrat a été signé le 18 octobre 2005, aux termes duquel l'intéressé a été affecté à l'Office dans poursuites et des faillites pour la période du 12 octobre au 31 décembre 2005.
3. Le 10 janvier 2006, l'assuré s'est annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage. Dans sa demande, il a indiqué avoir travaillé du 10 août au 31 décembre 2005.
4. Suite à cette demande, il a reçu des indemnités de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE (ci-après la caisse) du 9 janvier au 30 juin 2006.
5. Par décision du 31 août 2006, la caisse lui a nié rétroactivement le droit aux indemnités au motif qu'il ne réunissait pas les douze mois de cotisation nécessaires (mais seulement 10 mois et 17,6 jours [du 3 février au 1^{er} octobre 2004 et du 12 octobre au 31 décembre 2005]) et qu'aucun motif de libération de l'obligation de cotiser n'entraîne en ligne de compte. Dans la même décision, la caisse lui a réclamé le remboursement de la somme de 13'279 fr. 45 qui lui avait été versée à tort durant 125 jours.
6. Le 12 septembre 2006, l'assuré a formé opposition à cette décision en alléguant qu'il avait été engagé par l'Etat de Genève pour une durée de douze mois durant lesquels il avait reçu un salaire soumis à cotisations et qu'il avait travaillé dans le cadre d'un stage professionnel de réinsertion du 10 août au 31 décembre 2005. Il a ajouté qu'il ne comprenait pas que, neuf mois après les faits, on lui réclame le remboursement des indemnités alors que sa réinscription avait été confirmée par écrit.
7. Le 19 septembre 2006, la caisse a adressé un courrier à l'assuré dans lequel elle lui a expliqué que le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), organe de contrôle de toutes les caisses de chômage de Suisse, avait donné pour directive aux caisses de chômage du canton de Genève de ne pas accepter les périodes salariées mais non effectivement travaillées.
8. Par décision sur opposition du 25 septembre 2006, la caisse a confirmé sa décision du 31 août 2006. Elle a fait remarquer que si l'assuré avait effectivement été rémunéré du 10 août au 31 décembre 2005, il n'avait en revanche exercé aucune activité lucrative du 10 août au 11 octobre 2005.

9. Le 6 octobre 2006, la caisse a rendu une nouvelle décision sur opposition annulant et remplaçant celle du 25 septembre 2006 mais aboutissant à la même conclusion. La caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré le 12 septembre 2006 et confirmé la décision du 31 août 2006, lui niant le droit à l'indemnité au motif qu'il ne remplissait pas la condition relative à la période de cotisations et que les conditions lui permettant de se libérer de cette obligation n'étaient pas non plus réunies. Il a par ailleurs été indiqué à l'intéressé qu'il pourrait par la suite déposer une demande de remise de l'obligation de restituer dans les trente jours à compter de l'entrée en force de la décision sur opposition. En substance, la caisse a considéré que sa décision d'octroi des prestations était sans nul doute erronée dans la mesure où elle allait à l'encontre des prescriptions légales ou de la jurisprudence bien établie que le montant à restituer, dans la mesure où il dépassait 800 fr. revêtait une importance notable.
10. Par courrier du 23 octobre 2006, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. En substance, il fait valoir qu'il n'était pas responsable du fait qu'un poste n'avait pas été disponible durant toute la durée de son contrat de travail temporaire. Il fait remarquer par ailleurs que s'il n'a pas effectivement travaillé durant toute la durée de son contrat, il a néanmoins été rémunéré. Enfin, il a ajouté que son salaire avait été soumis à cotisations.
11. Dans un courrier complémentaire du 26 octobre 2006, le recourant a produit les décisions litigieuses et a protesté une nouvelle fois de sa bonne foi.
12. Invitée à se prononcer, l'intimée, dans sa réponse du 29 janvier 2007, a allégué que l'assuré ne contestait pas sa décision au fond mais mettait uniquement en avant sa situation financière et sa bonne foi. Elle a dès lors suggéré que son recours soit traité comme une demande de remise et lui soit transmis comme objet de sa compétence.
13. Par courrier du 14 février 2007, le Tribunal de céans a fait remarquer à l'intimée que si le recourant invoquait certes sa bonne foi et sa situation financière difficile, il alléguait aussi qu'en signant un contrat d'occupation temporaire, il s'était engagé à effectuer cinq mois et quatorze jours de travail et qu'il n'était pas responsable du fait que le signé n'avait pu être honoré faute de place disponible, arguments qui portaient bien sur son droit aux prestations de l'assurance-chômage. En conséquence, le Tribunal de céans se proposait d'entrer en matière sur le recours déposé par devant lui et impartissait un délai à l'intimée pour se prononcer.
14. Dans sa réponse du 15 février 2007, l'intimée a conclu au rejet du recours, au motif que l'assuré n'avait pas exercé effectivement une activité durant la période voulue.
15. Par arrêt incident du 3 mai 2007, le Tribunal de céans a suspendu la procédure. En effet, le 27 février 2007, le Tribunal de céans avait rendu un jugement dans une affaire dans laquelle se posait la question de la nécessité d'un travail effectif pour

obtenir des indemnités de chômage (ATAS 208/2007) - question qui se pose également, à titre préalable, dans le présent litige - et cette affaire avait été portée devant le Tribunal fédéral (TF).

16. Ce dernier a rendu son arrêt en date du 17 août 2007 (ATF 8C_168/2007). Cet arrêt a été communiqué pour information au recourant et ce dernier a été invité à produire les justificatifs de dépense qu'il n'aurait pas engagées si on lui avait refusé les indemnités de l'assurance chômage.
17. Par courrier du 10 septembre 2007, l'assuré a répondu que si on ne lui avait pas octroyé les indemnités de chômage, il n'aurait effectivement pas engagé certaines dépenses. Il a fait remarquer que ces indemnités représentaient une somme de 2'000 fr. supplémentaires chaque mois et que son train de vie en avait donc forcément été affecté.

Le recourant allègue avoir acheté un ordinateur d'une valeur de 1'698 fr. en juillet 2005 (pièce 36).

Il ajoute avoir emprunté de l'argent à ses parents en septembre 2005 afin de suivre une formation de technicien en informatique, formation qu'il a effectuée en deux ans et demi au lieu de trois ans et demi et qu'il terminera au mois de novembre 2007. Cette formation lui a coûté 5'600 fr. en 2005, 5'600 fr. en 2006 et 2'950 fr. en 2007, soit un total de 14'150 fr. qu'il doit rembourser à ses parents.

Il a également contracté un leasing en juillet 2005, après avoir payé cash le montant de 4'304 fr. 50 (pièce 35a). Le leasing a été conclu pour une durée de 5 ans à raison de 654 fr. 50 par mois (pièce 35b).

En novembre 2005, il a acheté des pneus d'hiver d'une valeur de 721 fr. (pièce 19a).

En décembre 2005, il a dépensé 4'136 fr. pour des vacances (pièces 38a et 38b). Un montant supplémentaire de 4'116 fr. 90 a été payé par le biais de la carte de crédit (pièces 7a à 11).

Le recourant a produit le relevé des cartes de crédit de son ménage d'octobre 2005 à juin 2006 (pièces 2a à 32). Il estime qu'y figurent des achats exceptionnels pour une valeur de 8'021 fr. 30. Il reconnaît que le total des débits figurant sur les relevés de ses cartes de crédit ne constitue pas forcément des dépenses qu'il n'aurait pas effectuées s'il avait su qu'il ne toucherait pas l'assurance chômage. Il n'en demeure pas moins que les dépenses de son ménage ont augmenté dans la mesure où ses revenus ont également augmenté. A titre d'exemple, il explique qu'il a acheté une centrale vapeur d'une valeur de 1'450 fr. 05 en juillet 2006 (pièce 20), qu'il a dépensé 1'051 fr. 60 en vêtements au mois de février 2006 (pièce 30) et qu'il ne fait ordinairement pas de telles dépenses.

Il ajoute avoir payé 1'110 fr. d'impôts en janvier et en février 2006 afin de réduire la somme due à l'administration fiscale (pièces 33 et 34). Selon lui, s'il n'avait pas reçu ses indemnités de chômage, il aurait été dans l'incapacité de verser une telle somme pour réduire sa dette.

En mai 2006, son épouse a effectué un achat que le recourant qualifie "des plus futiles" c'est-à-dire une cure minceur d'une valeur de 442 fr. 40 (pièces 13 et 14).

Le même mois, il est allé récupérer son appareil photo qui est en réparation depuis plusieurs mois et qui lui a coûté 239 fr. 45 (pièce 14).

Le recourant reconnaît que le montant des cotisations qui lui est réclamé est supérieur aux montants des dépenses extraordinaires engagées. Il fait cependant remarquer qu'il n'en demeure pas moins que le paiement du solde les mettrait, sa famille et lui, dans une situation difficile au vu des autres dettes qui grèvent le budget familial. Le recourant explique que la famille a déménagé, qu'elle s'est agrandie et que ni son épouse ni lui ne disposent d'aucune économie sur leur compte bancaire.

18. Par courrier du 5 octobre 2007, l'intimé a fait valoir qu'à son avis, les conditions permettant de bénéficier du principe de protection de la bonne foi ne sont pas réalisées. A cet égard, il allègue que le recourant n'a pas prouvé qu'un collaborateur du Service des mesures cantonales (SMC) lui a effectivement affirmé qu'il avait droit à l'indemnité de chômage. L'intimé relève par ailleurs que le préambule du contrat signé par le recourant attirait son attention sur le fait que la période précédant le placement auprès du service utilisateur pourrait ne pas être considérée comme activité salariée soumise à cotisation permettant l'ouverture d'un droit aux indemnités fédérales de chômage. L'intimé ajoute qu'en matière de chômage, ce sont les caisses qui sont compétentes pour statuer sur le droit à l'indemnité de sorte qu'elles ne sauraient être engagées par les affirmations d'une autre autorité, en l'occurrence, le SMC. Enfin, l'intimé estime que le simple fait d'avoir utilisé les indemnités pour la subsistance personnelle ne suffit pas à constituer un acte de disposition de sa part.
19. Le recourant s'est exprimé une nouvelle fois en date du 18 octobre 2007. Il a fait remarquer que le conseiller du SMC est une personne de référence pour un assuré et que ce dernier n'a donc pas à mettre en doute ses allégations. Il a souligné que, quoi qu'il en soit, sa demande d'indemnisation avait finalement été acceptée puisqu'on lui a fait signer en date du 10 janvier 2006 une confirmation de réinscription. Enfin, il s'étonne que l'OCE lui-même lui ait fourni en date du 8 décembre 2005 une attestation de travail faisant état d'une durée de travail allant du 10 août au 31 décembre 2005 dont il savait qu'elle ne correspondait pas à la réalité.
20. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 14 mars 2008, dont il est ressorti que l'épouse de l'assuré est enseignante à l'école primaire à plein

temps et que son revenu brut avoisine 7'000 fr. par mois. L'épouse de l'assuré a confirmé que le couple ne se serait pas permis une dépense telle que celle effectuée à titre de "cure minceur" s'il n'en avait pas eu les moyens. Elle a par ailleurs expliqué que son époux ne possède pas de carte de crédit à son nom. S'agissant des frais engagés pour des vêtements en février 2006, l'épouse de l'assuré a indiqué qu'il s'agissait d'habits pour son mari, leur fille et elle-même, que jusqu'alors, ils avaient toujours fait très attention mais que lorsque son époux avait reçu les indemnités de chômage, la famille en avait profité pour procéder au renouvellement qui s'imposait.

Mme KUGLER, représentant l'intimée, a pour sa part relevé qu'avant que les indemnités de chômage ne soient accordées, le couple semblait vivre un peu au-dessus de ses moyens puisque le relevé de la carte de crédit faisait apparaître un solde débiteur d'environ 5'000 fr. Elle en a tiré la conclusion que l'octroi des indemnités n'avait pas forcément amené l'assuré à augmenter ses dépenses.

21. A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Les questions de la compétence du Tribunal de céans et de la recevabilité du recours ayant d'ores et déjà été examinées par le Tribunal dans son arrêt incident, il n'est pas nécessaire d'y revenir.
2. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a considéré que les prestations versées à l'assuré l'ont été à tort et en a demandé la restitution. Il convient de préciser que la décision sur opposition litigieuse ne porte que sur l'obligation de restituer les prestations versées au recourant et non sur une éventuelle remise de cette obligation. Cette dernière question fait donc pas partie du litige mais devra, le cas échéant, faire l'objet d'une nouvelle procédure devant la caisse.
3. L'art. 25 al. 1 LPGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées. Comme par le passé - soit avant l'entrée en vigueur de la LPGA au 1er janvier 2003 -, l'obligation de restituer suppose aujourd'hui encore, conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 1 aLAVS ou de l'art. 95 aLACI (p. ex., ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a), que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATFA non publié du 14 novembre 2006, P 32/06, consid. 3 ; ATF 130 V 320 consid. 5.2 et les références).

A cet égard, la jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle - à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 21 consid. 3a, 138 consid. 2c, 173 consid. 4a, 272 consid. 2, 121 V 4 consid. 6 et les références) - de la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond - à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (cf. ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b; DTA 2004 p. 261 [arrêt T. du 29 juin 2004, C 65/04], consid. 1; ATF 122 V 21 consid. 3a, 173 consid. 4a, 271 consid. 2, 368 consid. 3, 121 V 4 consid. 6 et les arrêts cités).

En ce qui concerne plus particulièrement la révision, l'obligation de restituer des prestations complémentaires indûment touchées et son étendue dans le temps sont indépendantes de la bonne foi du bénéficiaire des prestations, car il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte du fait nouveau (cf. ATF 122 V 139 consid. 2e).

4. Il convient en premier lieu d'examiner si les prestations versées au recourant l'ont été de manière indue ou non.

A cet égard, il sied de rappeler que l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives notamment à la période de cotisations ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI en liaison avec les art. 13 et 14 LACI), c'est-à-dire qui, dans les limites du délai cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI dans sa version en vigueur depuis le 1er juillet 2003).

En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisations présuppose qu'un salaire a été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 228). Dans un arrêt récent (ATF 131 V 444), le TFA a précisé cette jurisprudence en indiquant qu'en ce qui concernait la période de cotisations, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage était, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation durant la période déterminante. Dans son arrêt du 17 août 2007, le TF a précisé que cette jurisprudence ne devait pas être comprise en ce sens qu'un salaire devait en outre avoir été effectivement versé mais simplement que la preuve qu'un salaire avait bel et bien été payé était un indice important en ce qui concernait la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.2 ; ATF 131 V 444 consid. 3 p. 449 et ss.). Il a ajouté que l'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins était donc une condition à part entière pour la

réalisation de la période de cotisations, tandis que le versement d'un salaire effectif n'était pas forcément exigé mais permettait au besoin de rapporter la preuve de cette activité, précisant que le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fondait cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisations avait été exercée (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.3).

Par activité soumise à cotisations, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.4 et réf. citées).

5. Dans le cas examiné par le TF comme en l'espèce, le contrat d'emploi temporaire conclu entre les parties s'inscrit dans le contexte de mesures cantonales en faveur des chômeurs qui n'ont plus droit aux prestations de l'assurance-chômage et qui visent à leur permettre de reconstituer un droit aux prestations par le biais d'une activité soumise à cotisations d'une durée suffisante au regard de l'art. 13 al. 1 LACI.

Le TF a admis que l'exercice d'une activité soumise à cotisations dans un programme d'occupation de ce genre pouvait être pris en considération à titre de période de cotisations même si l'on a mis en cause le bien-fondé de la mesure, à laquelle certains ont reproché de ne pas suffisamment inciter les chômeurs à réintégrer le marché du travail ordinaire et, partant, de renforcer l'exclusion qui les touche (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.5 et réf. citées).

Pour sa part, le Tribunal de céans, dans son arrêt du 27 février 2007 (ATAS 208/2007) avait considéré que même si la durée d'activité effective n'était pas suffisante, les dispositions du code des obligations (CO) relatives à la demeure de l'employeur étaient applicables. Le Tribunal de céans avait retenu le fait que l'assuré s'était engagé à rester disponible de façon permanente dans l'attente d'un placement et qu'on se trouvait dès lors dans une situation de demeure de l'employeur, celui-ci ne disposant pas de postes de travail en nombre suffisant pour placer immédiatement et pour la durée complète du contrat tous les chômeurs concernés. En conséquence, le Tribunal de céans avait jugé qu'il s'agissait non pas d'un contrat de travail fictif, non susceptible d'être exécuté, mais d'un contrat de travail pour lequel l'employeur, pour des raisons d'organisation, avait renoncé momentanément aux services du travailleur. En définitive, le Tribunal de céans avait estimé que la réalité de la prestation de travail n'était pas déterminante quant à la fixation de la période de cotisation; il avait assimilé la situation à celle, notamment, de l'employeur qui doit encore verser un salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail.

Dans son arrêt du 17 août 2007, le TF a écarté ce raisonnement.

Il a rappelé que, selon la définition même du contrat de travail, le paiement d'un salaire par l'employeur implique la fourniture de services par le travailleur en vertu de l'art. 319 al. 1 CO, qu'autrement dit, le contrat de travail se caractérise par un rapport d'échange en vertu duquel le travailleur fournit une prestation de travail à l'employeur contre une rémunération. Il a fait remarquer que, dans le cas des contrats d'occupation temporaire, la réelle et commune intention des parties n'était pas de conclure dès l'origine un contrat de travail impliquant la fourniture de services par le travailleur mais bien plutôt de permettre à celui-ci, par le seul paiement d'une rémunération, de verser des cotisations à l'assurance-chômage en vue de la réouverture d'un droit aux prestations après une période de cotisation de douze mois. Le TF en a tiré la conclusion que, dans un tel contexte, la prestation de travail était reléguée au second plan et que l'Etat de Genève y avait renoncé, provisoirement tout au moins, non pour des circonstances spéciales propres à une relation de travail (par exemple une libération de travailler pendant le délai de congé) mais faute de disponibilités. Il a ajouté qu'au reste, loin d'attendre du travailleur qu'il exécute un travail au sein de l'administration ou d'une institution publique, l'Etat l'incitait fermement à trouver un emploi en dehors puisque le contrat type d'emploi temporaire prévoyait que l'employé était tenu d'effectuer durant toute la semaine le nombre de recherches d'emploi exigé par l'employeur, ces recherches devant également être satisfaisantes en qualité, et qu'il devait régulièrement et dans le délai imparti en fournir la preuve (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.8).

Dans ces conditions, le TF a estimé qu'il y avait lieu d'admettre que le contrat passé par l'Etat avec la personne au chômage ne présentait pas les caractéristiques d'un contrat de travail et qu'on ne saurait donc parler de demeure de l'employeur au sens du CO puisqu'en réalité, le travailleur attendait d'obtenir un emploi, soit pour le compte d'un service de l'Etat, soit auprès d'un autre employeur (en cas de succès des recherches personnelles de travail qui lui incombait) et que la rémunération versée pendant ce temps par l'Etat de Genève sans exiger la fourniture d'un travail s'apparentait bien plus à une prestation de l'aide sociale qu'à un salaire versé en contrepartie d'une prestation de travail soumise à cotisations (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.9).

De la même manière, le TF a estimé qu'on ne pouvait tirer un parallèle entre cette situation et celle d'un travailleur qui n'a plus travaillé mais dont l'employeur doit encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail (ATF du 17 août 2007, op. cit., consid. 2.10).

6. En l'espèce, considérant la jurisprudence du TF, dans la mesure où il apparaît que l'assuré n'a effectivement travaillé, durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation, qu'un laps de temps inférieur à douze mois, il ne remplit pas la condition prévue par l'art. 13 al. 1 LACI. Peu importe à cet égard qu'il ait ou non reçu un

salaire et que des cotisations aient été déduites de ce salaire pendant la période de cotisations (ATF du 17 août 2007 op. cit., consid. 2.6). En conséquence, c'est à juste titre que l'intimée a conclu que les prestations qui lui ont été versées du 9 janvier au 30 juin 2006 l'ont été à tort.

7. Reste à examiner si l'intimée est en droit d'en réclamer la restitution.

Ainsi que cela a été rappelé supra, l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées.

En l'espèce, l'administration ayant procédé à la reconsidération de sa décision, il convient d'examiner si les conditions en sont remplies, c'est-à-dire si la décision initiale était sans nul doute erronée et si sa rectification revêtait une importance notable. Pour ce faire, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où la décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 119 V 479 consid. 1b/cc et les réf. citées). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c; 115 V 314 consid. 4a/cc).

En l'occurrence, la décision de la caisse d'octroyer des indemnités de chômage à l'assuré date du début de l'année 2006 (les indemnités ont été octroyées du 9 janvier au 30 juin 2006). Cette décision est donc postérieure au courrier adressé par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) à toutes les caisses de chômage le 15 septembre 2005, courrier qui était rédigé en ces termes :

"A la suite de la modification de l'art. 41c de l'ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI) limitant aux assurés de plus de 50 ans l'augmentation du nombre d'indemnités dans les cantons à taux de chômage élevé, Genève nous a informés de son souhait de conclure des contrats de travail temporaire avec des personnes en fin de droit. Ces conventions prévoient le versement d'un salaire et le paiement de cotisations sociales sans pour autant que les bénéficiaires ne fournissent de contre-prestation de travail, en attendant leur placement réel dans un emploi temporaire subventionné.

Après examen et divers échanges de courrier avec les autorités genevoises, nous vous invitons à prendre connaissance des mesures suivantes.

Pour compter comme période de cotisation et ainsi ouvrir un droit à l'indemnité, il faut démontrer l'existence d'une activité effective soumise à cotisation. A ce propos, il importe peu que la caisse de compensation accepte ou non d'enregistrer les cotisations versées à titre de revenu salarié.

Or, la rémunération que Genève souhaite verser à certains demandeurs d'emploi sans exiger de contre-prestation s'apparente bien plus à une prestation de l'aide sociale qu'à un salaire versé en contrepartie d'une prestation de travail.

Dès lors, il apparaît que les mesures genevoises précitées ne sauraient créer un nouveau droit à l'indemnité fédérale en faveur de leurs bénéficiaires.

Par conséquent, nous prions toutes les caisses de chômage reconnues dans le canton de Genève d'examiner avec soin les demandes d'indemnités fondées sur des contrats d'emploi temporaire conclus par l'État de Genève en recherchant en particulier la réalité de la prestation de travail fournie en contrepartie du salaire. Si tel n'est pas le cas, il convient alors de nier tout droit à l'indemnité de chômage aux personnes concernées.

Au contraire, nous nous verrions dans l'obligation de mettre le dommage entier à charge du fondateur de la caisse".

Informée de la position du SECO, la caisse a donc commis une erreur manifeste en octroyant malgré tout des indemnités au recourant. Qui plus est, cette erreur revêt une importance notable puisqu'elle atteint la somme de 13'279 fr. 45. En l'occurrence, les conditions d'une reconsidération sont donc réunies.

8. Le recourant fait cependant implicitement valoir le principe de la protection de la bonne foi en alléguant qu'il n'a fait que solliciter l'assurance-chômage, que cette dernière lui a confirmé qu'il avait droit aux prestations et qu'il ne peut être tenu pour responsable d'avoir fait confiance à son conseiller.

Le droit à la protection de la bonne foi, déduit directement de l'art. 4 de l'ancienne Constitution (Cst), est expressément consacré à l'art. 9 Cst actuel. Il vaut pour l'ensemble de l'activité étatique et exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, qui est toujours valable (ATF 127 I 36 consid. 3a, 126 II 384 consid 3a), il permet aux citoyens d'exiger que l'autorité respecte ses promesses et qu'elle évite de se contredire (cf. également Pierre MOOR, Droit administratif, vol. 2, Berne 1991, p. 428).

En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées).

Il s'applique lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit. Ainsi, l'autorité qui fait une promesse, donne une information ou une assurance, doit satisfaire les attentes créées, même si la promesse ou l'attente sont illégales, si les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées,
- b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence,
- c) que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu,
- d) qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, et que
- e) la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a ; Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, 4ème édition, n° 509 p. 108; Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2ème édition, Zurich 1993, p. 117ss, plus particulièrement p. 126, ch. 563ss)

Selon la jurisprudence, l'administration ne peut pas exiger la restitution de prestations indues lorsque sont remplies les conditions posées par la jurisprudence relative au droit constitutionnel à la protection de la bonne foi, cette question devant être clairement distinguée de celle de la remise de l'obligation de restituer (ATFA C 80/05 du 3 février 2006; ATF 116 V 301 sv. consid. 4c et 4d). En effet, si un renseignement erroné donné par l'administration peut, à certaines conditions, conduire au maintien d'un avantage contraire au droit, conformément à l'art. 9 Cst. (cf. ATF 116 V 298 consid. 3), il en va de même, a fortiori, d'une décision erronée, de sorte que les règles relatives à la reconsidération d'une décision entrée en force n'excluent pas celles découlant du droit à la protection de la bonne foi (cf. ATF 114 Ia 106ss consid. 2a, 214 consid. 3b, 113 V 70 consid. 2 et les références; DTA 1999 n°40 p. 237 consid. 3a; RAMA 1988 no K 768 p. 207).

9. En l'espèce, il faut distinguer deux périodes : celle précédant le versement des indemnités de chômage à l'assuré et celle qui suit.

Avant que des prestations ne lui aient été effectivement versées, il est vrai que le recourant n'avait aucune raison valable de compter sur l'octroi des prestations de chômage, quoi que lui ait affirmé son conseiller, au contraire. En effet, son contrat de travail portait expressément la mention suivante : "Le SMC attire l'attention du bénéficiaire du présent contrat sur le fait que la période précédant le placement auprès d'un service utilisateur pourrait ne pas être considérée comme une activité salariée soumise à cotisation permettant l'ouverture d'un droit aux indemnités fédérales de chômage". En conséquence, le recourant n'avait aucune raison sérieuse de compter sur l'octroi de prestations de la part de l'assurance-chômage. En

particulier, il ne saurait imputer à l'administration la responsabilité des dépenses qu'il a engagées avant le mois de janvier 2006.

En revanche, dès le moment où des indemnités lui ont effectivement été versées, il faut admettre qu'un renseignement inexact lui a été donné. L'argumentation de l'intimée - selon laquelle le recourant n'a pas prouvé qu'un collaborateur du SMC lui a affirmé qu'il avait droit à l'indemnité de chômage - tombe à faux. Peu importe en effet de savoir si un collaborateur du SMC lui a ou non affirmé qu'il avait droit aux indemnités. Peu importe également, à compter de ce moment, le préambule du contrat signé par le recourant qui indiquait que la période précédant le placement auprès du service utilisateur pourrait ne pas être considérée comme activité salariée soumise à cotisation permettant l'ouverture d'un droit aux indemnités fédérales de chômage. Dès le moment où la demande de l'assuré a été acceptée et où des indemnités lui ont été versées par la caisse de chômage, le recourant était légitimé à penser que son droit avait fait l'objet d'un examen en bonne et due forme par l'autorité compétente et que cette dernière avait tranché en sa faveur. Des prestations lui ont été accordées durant plusieurs mois suite à sa demande d'indemnisation. Il est incontestable que ce "renseignement" a été donné par un organe compétent, relativement à une situation individuelle et concrète et que le recourant ne pouvait se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il n'y a pas non plus eu de changement de législation depuis lors.

Reste à examiner si le recourant, fort de l'assurance qu'il avait droit à des prestations de l'assurance-chômage, a pris des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice.

La simple utilisation de ressources pécuniaires perçues par erreur ne peut valoir comme telle. En effet, c'est la fonction-même des prestations en espèces que d'être utilisées normalement (DTA 1999 p. 238). Selon la doctrine (Luzius MÜLLER, Die Rückerstattung rechtswidriger, Leistungen als Grundsatz des öffentlichen Rechts, thèse Bâle 1978, p. 69 ch. 135), c'est l'utilisation de la prestation en espèces qui importe. En conséquence, **ne sont pas prises en considération les dépenses qui ne procurent pas une contre-valeur matérielle durable, à savoir celles pour la nourriture, le loyer, les divertissements mais aussi les dons, puisque de telles dépenses sont faites de toute façon avec une certaine régularité.** Il faut que la réception de prestations indues ait conduit à des **dépenses spéciales** ou à une diminution des autres rentrées d'argent (en cas de dépenses restant les mêmes) pour qu'on puisse à proprement parler d'utilisation. Savoir s'il en va de même dans un cas concret est une question de causalité. Avant que le destinataire des prestations ait pris des dispositions auxquelles, **selon toute vraisemblance, il n'aurait pas consenti sans la réception d'une prestation étatique induue,** cette dernière est de toute façon encore dans sa fortune.

Le droit à la protection de la bonne foi suppose un lien de causalité entre le renseignement obtenu et les dispositions prises par l'administré. Un tel lien existe si **l'on peut admettre que celui-ci se serait comporté autrement sans le renseignement donné par l'autorité**. En revanche, tout lien de causalité doit être nié si l'on peut admettre que même sans le renseignement obtenu, l'administré aurait pris les mêmes dispositions (WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bâle 1983, p. 102; le même auteur, Falsche Auskünfte von Behörden, in: ZBl 1991 p. 16). En ce qui concerne la preuve du lien de causalité, on ne saurait poser des exigences trop strictes. En effet, à partir du moment où l'administré a demandé des renseignements, il en découle la présomption de fait qu'en cas de réponse négative, celui-ci aurait adopté un autre comportement. Dès lors, la preuve du lien de causalité sera considérée comme donnée **s'il apparaît vraisemblable, selon l'expérience générale de la vie, que l'administré se serait comporté autrement sans le renseignement obtenu** (ATF 121 V 67 consid. 2b; ATFA non publié du 7 mai 2001, déjà cité).

Dans le domaine des assurances sociales, quand bien même la procédure est régie par le principe inquisitoire, ce principe est limité par le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation de ces dernières d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible 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). Pour autant, elles ne sont pas libérées du fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé (ATF 117 V 264 consid. 3b et les références; RAMA 1999 no U 349 p. 478 consid. 2b).

En l'espèce, le recourant invoque différentes dépenses. Il allègue a ainsi avoir acheté un ordinateur d'une valeur de 1'698 fr. en juillet 2005. On ne saurait cependant admettre que cette dépense constitue une disposition que le recourant n'aurait pas prise s'il n'avait pas reçu d'indemnité de chômage puisqu'elle est précisément bien antérieure à la période durant laquelle les indemnités dont remboursement est aujourd'hui réclamé ont été versées (9 janvier au 30 juin 2006).

Il en va de même pour la formation entamée par le recourant en 2005 et qu'il aurait donc vraisemblablement poursuivi en empruntant le cas échéant à nouveau de l'argent en 2006 et 2007, du leasing contracté en juillet 2005, des pneus d'hiver achetés en novembre 2005 et des vacances prises en décembre 2005.

Quant au fait que les dépenses du ménage du recourant aient - de manière générale - sensiblement augmenté au moment où lui ont été versées les indemnités, ainsi que cela a été rappelé supra, il ne s'agit là que de la simple utilisation de ressources pécuniaires perçues par erreur. Ces dépenses sont considérées comme simple usage d'argent et non pas comme des dispositions dignes de protection au sens du principe

de la confiance ainsi que le Tribunal fédéral des assurances l'a déjà jugé (ATFA non publié du 12 mai 2004, U 88/03, consid. 6.2.2; cf. également ATAS 1220/2007 du 7 novembre 2007). Dès lors, il n'existe aucun lien de causalité entre l'erreur de l'administration et les dispositions prises par l'administré. Il en va de même du paiement des impôts qui incombait de toute manière à l'assuré, quelles que soient ses ressources.

En revanche, il apparaît vraisemblable qu'une dépense aussi importante que la centrale vapeur - d'une valeur de 1'450 fr. 05 - achetée en juillet 2006 n'aurait sans doute pas été effectuée si l'assuré ne s'était pas vu octroyer des indemnités. Il s'agit là, en effet, d'une dépense qui excède la simple utilisation régulière de ressources pécuniaires. Entre en revanche précisément dans cette catégorie l'achat de vêtements pour la famille.

Étant rappelé qu'en ce qui concerne la preuve du lien de causalité, on ne saurait poser des exigences trop strictes, le Tribunal de céans admet comme vraisemblable que le ménage du recourant ne se serait sans doute pas permis l'acquisition d'une "cure minceur" d'une valeur de 442 fr. 40 s'il n'avait bénéficié des ressources supplémentaires qu'ont constitué les indemnités de chômage.

De même, les allégations du recourant selon lesquelles il aurait reporté encore plus longtemps la réparation de son appareil photo (239 fr. 45) s'il n'avait pas reçu d'indemnités apparaît comme vraisemblable, compte tenu du fait que cette dépense n'était ni urgente ni indispensable.

Au total, c'est donc un montant de dépenses supplémentaires de 2'131 fr. 90 que le recourant n'aurait sans doute pas engagées s'il n'avait pas bénéficié des indemnités de chômage. Il convient dès lors de déduire cette somme du montant de 13'279 fr. 45 réclamé par l'intimée, de sorte que le recourant reste tenu de rembourser à la caisse la somme de 11'147 fr. 55.

Le recours est donc admis partiellement dans cette mesure, étant précisé qu'il sera loisible à l'assuré de déposer auprès de la caisse - dans les trente jours suivant l'entrée en force du présent jugement - une demande de remise de l'obligation de restituer le solde.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

Au fond :

1. Admet partiellement le recours en ce sens que la somme que Monsieur F_____ est tenu de restituer à la Caisse cantonale genevoise de chômage est réduite à 11'147 fr. 55.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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); 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

Brigitte LÜSCHER

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