

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3924/2011

ATAS/312/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 20 mars 2012

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur V _____, domicilié à Coligny, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Antoine BOESCH

recourant

contre

UNIA CAISSE DE CHOMAGE, sise Weltpoststrasse 20, 3000
Berne

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur V_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), comptable de profession, s'est inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : l'OCE) le 27 février 2009. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur à partir de cette date, avec un gain mensuel assuré de 6'250 fr.
2. En parallèle de son inscription à l'OCE, l'assuré s'est inscrit au Registre du commerce comme administrateur de la société X_____ SA depuis le 25 mars 2009, de la société Y_____ SA (A.D.P.) depuis le 24 avril 2009, de la société Z_____ SA depuis le 11 juin 2010 et en qualité de gérant avec signature individuelle de la société XA_____ Sàrl.
3. Par décision du 22 décembre 2010, UNIA CAISSE DE CHOMAGE (ci-après : UNIA ou l'intimée) a prononcé, à l'encontre de l'assuré, une suspension de son droit à l'indemnité de chômage d'une durée de 45 jours à compter du 22 janvier 2010, motif pris qu'il avait failli à son obligation de renseigner et d'aviser en ne déclarant pas à la caisse qu'il avait pris ces fonctions d'administrateur et de gérant, qu'il s'était inscrit auprès du Registre du commerce et qu'il avait obtenu une rémunération pour ces activités.

L'assuré a formé opposition à ladite décision le 1^{er} février 2011. Il a contesté la durée de la suspension retenue, qu'il jugeait extrêmement sévère puisque, d'une part, il avait dûment signalé ses fonctions d'administrateur à sa conseillère en personnel et que, d'autre part, les revenus réalisés étaient de peu d'importance.

Par décision du 11 mars 2011, UNIA a confirmé sa décision du 22 décembre 2010 et a rejeté l'opposition.

L'assuré a interjeté recours, le 14 avril 2011, contre ladite décision, alléguant avoir informé sa conseillère de ses mandats d'administrateur.

Par arrêt du 16 août 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice (ci-après : la Cour de céans) a jugé que l'assuré, en ne déclarant pas à sa conseillère chômage qu'il était administrateur de plusieurs sociétés et qu'il avait, dans le cadre de cette activité, réalisé un revenu - aussi peu important soit-il -, s'était rendu coupable d'une faute grave. Il ne pouvait pas avoir cru, de bonne foi, que les gains intermédiaires ainsi perçus n'auraient aucune influence sur son droit à des indemnités de l'assurance-chômage et qu'il n'était pas tenu de les déclarer, de sorte que la suspension du droit au versement des indemnités pendant 45 jours était justifiée.

4. Par décision du 3 février 2011, UNIA, après avoir rectifié les décomptes d'indemnités de mars 2009 à juin 2010 pour tenir compte de nouveaux gains

intermédiaires, a réclamé à l'assuré le remboursement de la somme de 20'931 fr. 20, représentant les prestations versées à tort durant cette période.

5. Le 14 mars 2011, l'assuré, par l'intermédiaire de son avocat, a formé opposition à ladite décision. Il a contesté la restitution du montant de 20'931 fr. 20, motif pris qu'il n'avait plus perçu aucun revenu de la société XB_____ 2010 inclus et qu'il en avait été de même pour la société Z_____ SA pour le mois de juin 2010. Un total de 2'833 fr. 40 devait ainsi être déduit des 20'931 fr. 20 soumis à restitution. Il demandait par ailleurs la remise de l'obligation de rembourser, alléguant avoir agi de bonne foi et se trouver dans une situation financière difficile.
6. Par décision sur opposition du 20 octobre 2011, UNIA a confirmé sa décision du 3 février 2011 s'agissant du montant soumis à restitution (soit 20'931 fr. 20) et indiqué qu'elle avait transmis la demande de remise de l'assuré à l'OCE pour décision sur cette question. UNIA a par ailleurs retiré l'effet suspensif d'un éventuel recours.
7. L'assuré a interjeté recours le 21 novembre 2011 contre ladite décision, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif. Il a allégué que ses mandats d'administrateur étaient notoires, cette information étant librement accessible sur le site internet du registre du commerce. Il était dès lors parti du principe que si l'OCE ne l'interrogeait pas plus avant sur lesdits mandats, c'était parce qu'ils ne génèrent qu'un revenu très modeste, non pertinent du point de vue de ses indemnités chômage. Dans le cadre de la suspension de son droit aux indemnités pendant 45 jours, l'OCE avait d'ailleurs considéré que l'activité d'administrateur ne requerrait que peu de temps et pouvait aisément être accomplie en-dehors des horaires de travail habituels, de sorte qu'aucune réduction de l'aptitude au placement n'avait été retenue. Quoiqu'il en soit, le montant soumis à restitution était erroné, le gain intermédiaire réalisé s'élevant à 18'097 fr. 80 et non à 20'931 fr. 20. Si la décision litigieuse devait néanmoins être confirmée, son droit de demander la remise devait lui être réservé, vu sa bonne foi et la situation intolérable et extrêmement difficile dans laquelle une restitution le placerait lui et sa famille.
8. Par arrêt incident du 9 décembre 2011, la Cour de céans a admis la requête de l'assuré visant la restitution de l'effet suspensif.
9. Dans sa réponse du 15 décembre 2011, l'intimée a confirmé sa position, rappelant que lorsqu'elle avait fixé le montant des indemnités journalières, elle ignorait que le recourant réalisait un gain intermédiaire. Elle avait dès lors versé les indemnités de mars 2009 à mai 2010 à tort. En juin 2010, elle avait été informée de sa méconnaissance, de sorte que le versement des indemnités journalières relevait incontestablement d'une appréciation erronée des faits. Le recourant ne prétendait d'ailleurs pas le contraire, contestant simplement la quotité du montant soumis à restitution. Or, les 2'833 fr. 40 qu'il niait avoir à rembourser correspondaient aux

833 fr. 35 (x 3) vraisemblablement perçus pour les mois d'avril, mai et juin 2010 en relation avec la société XA_____ SA et à 333 fr. 35 comptabilisés pour le mois de juin 2010 en relation avec la société XB_____ SA. S'agissant plus particulièrement des 2'500 fr. 05 (soit 833 fr. 35 x 3), le recourant était administrateur de la société précitée depuis avril 2009 et il avait, dès son entrée en fonction, touché 833 fr. 35 par mois, de sorte qu'il apparaissait comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il avait également continué à percevoir ces montants en avril, mai et juin 2010. Quant au montant de 333 fr. 35, il n'avait pas été demandé en remboursement par la caisse. Il s'agissait d'une erreur de lecture de la part du recourant. L'intimée a dès lors conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 20 octobre 2011, soit la restitution de la somme de 20'931 fr. 20.

10. Sur quoi, 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; RS 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. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 LPGA). La décision sur opposition date du 20 octobre 2011 et a été reçue au plus tôt le 21 octobre 2011, de sorte que le recours interjeté le 21 novembre 2011 l'a été en temps utile.

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le présent recours est donc recevable (art. 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; E 5 10).

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande en restitution de la somme de 20'931 fr. 20.

4. En vertu de l'art. 95 al. 1er LACI, en relation avec l'art. 25 LPGA, la caisse doit exiger la restitution de prestations indûment versées. La jurisprudence rappelle que cette demande de restitution ne peut se faire que pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1).

5. L'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF du 12 mars 2001, C 402/00, consid. 1a; ATF 126 V 42, consid. 2b). Le non-respect d'une norme dans une situation de fait qui en commande clairement l'application relève bien d'une décision sans nul doute erronée (ATF du 7 décembre 2007, C 32/07, consid. 3.2). Quant à l'importance notable de la rectification, ce critère est réalisé dès que la rectification porte sur un montant qui dépasse plusieurs centaines de francs (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827).
6. Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, 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. Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu de l'ancien art. 95 al. 4 1^{ère} phrase LACI. Nonobstant la terminologie légale, il s'agit de délais de péremption (ATF 124 V 380, consid. 1).

Contrairement à la prescription, la péremption prévue à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peut être ni suspendue ni interrompue et, lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, comme la prise d'une décision, le délai se trouve sauvegardé une fois pour toutes (ATF du 21 mars 2006, C 271/04, consid. 2.5).

En l'espèce, l'intimée a été informée que le recourant était administrateur de plusieurs sociétés en juin 2010. Elle a réclamé la restitution des indemnités versées pour les mois de mars 2009 à juin 2010 par décision du 3 février 2011, respectant ainsi le délai de péremption d'une année.

7. 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).
8. Dans le cas présent, il a d'ores et déjà été établi que des indemnités de chômage ont été versées à tort au recourant. En effet, dans son arrêt du 16 août 2011 (ATAS/745/2011), la Cour de céans a considéré que le recourant avait intentionnellement violé son obligation de renseignements en mentionnant à sa

caisse qu'il n'exerçait aucune activité lucrative, ni salariée, ni indépendante, alors même qu'il était administrateur de plusieurs sociétés et que cette fonction générerait un gain intermédiaire, aussi minime soit-il. En agissant de la sorte, il avait indiscutablement commis une faute grave. Il convient dès lors d'admettre que c'est à juste titre que l'intimée a réclamé la restitution des prestations indûment versées, conformément aux art. 25 LPGA et 95 LACI.

Le recourant ne conteste d'ailleurs pas avoir à restituer les montants encaissés sans droit pour les mois de mars 2009 à juin 2010. Il allègue néanmoins que 2'833 fr. 40 doivent être retranchés de la somme de 20'931 fr. 20 à rembourser, motif pris qu'il n'a plus perçu aucun revenu de la société XA_____ SA depuis le mois d'avril 2010 et que la caisse aurait retenu, à tort, un montant de 571 fr. 40 au lieu de 238 fr. 05 à titre de gain intermédiaire pour son activité auprès de la société XB_____ SA en juin 2010. L'intimée explique à ce titre que les 2'833 fr. 40 que le recourant nie avoir à rembourser correspondent en réalité aux 833 fr. 35 (x 3) vraisemblablement encaissés par le recourant pour son activité au sein de XA_____ SA entre avril et juin 2010 et que le solde de 333 fr. 35 - soit la différence entre 571 fr. 40 et 238 fr. 05 - n'avait pas été demandé en remboursement; il s'agissait-là d'une erreur de lecture de la part du recourant, la caisse ayant rectifié ses calculs dans le cadre de sa décision du 3 février 2011 et n'ayant versé aucune indemnité journalière en juin 2010.

À la lecture des pièces versées au dossier, la Cour de céans constate que, depuis sa prise de fonctions comme administrateur de la société XA_____ SA le 24 avril 2009, l'intéressé a toujours reçu une rétribution fixe et mensuelle pour l'activité déployée d'un montant de 833 fr. 35. Il apparaît dès lors hautement vraisemblable que le recourant a également été rémunéré pour les mois d'avril à juin 2010. Le recourant n'apporte d'ailleurs aucune explication qui permettrait de comprendre pourquoi la société précitée aurait momentanément cessé de le rémunérer pour les services rendus, alors même que dans ses attestations de gain intermédiaire postérieures à juin 2010, il a à nouveau déclaré un gain intermédiaire mensuel de 833 fr. 35 en relation avec cette société. S'agissant enfin du montant de 333 fr. 35 relatif à la société XB_____ SA, il apparaît qu'en raison de la suspension de son droit aux prestations de l'assurance-chômage, aucune indemnité journalière n'a été versée au recourant en juin 2010 ni même demandée en restitution.

9. Le recourant reste donc tenu à restitution du montant de 20'931 fr. 20 pour les indemnités perçues sans droit entre mars 2009 et juin 2010.
10. La question d'une éventuelle remise, plus particulièrement l'examen de la condition financière difficile et de la bonne foi, devra faire l'objet d'une décision distincte de la part de l'intimée.

11. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est rejeté.
12. La procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,

LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A 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

Doris GALEAZZI

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