

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4085/2009

ATAS/548/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 20 mai 2010

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître GILLIOZ François

recourant

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, domicilié Strassburgstrasse 11,
8021 ZÜRICH

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Violaine LANDRY-ORSAT et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après : l'assuré), né en 1958, s'est annoncé, pour la première fois à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après: OCE) en mars 1996. Il a bénéficié depuis lors de plusieurs délais-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage, dont un du 4 mars 2002 au 3 mars 2004.
2. Le 8 mars 2005, l'assuré a déposé une nouvelle demande d'indemnité de chômage.
3. Par décision du 8 juillet 2005, la section assurance-chômage de l'OCE (ci-après : la SACH) a nié l'aptitude au placement de l'assuré dès le 8 mars 2005.
4. En date du 23 décembre 2005, cette décision a été annulée par l'OCE qui a renvoyé le dossier à la SACH à charge pour celle-ci d'examiner l'aptitude au placement de l'assuré pour la période du 4 mars 2002 au 3 mars 2004. Quant à l'aptitude au placement de l'assuré dès le 8 mars 2005, l'OCE l'a reconnue mais a précisé qu'il faudrait néanmoins tenir compte d'un gain intermédiaire pour l'activité déployée par l'intéressé auprès des sociétés X_____ SA et de X_____ SA.
5. Le 29 novembre 2006, le Tribunal cantonal des assurances sociales a rendu un arrêt annulant la décision du 23 décembre 2005 et renvoyant la cause à l'OCE pour instruction complémentaire et nouvelle décision (ATAS/1083/2006).
6. Le 9 octobre 2007, l'OCE a nié le droit à l'indemnité de l'intéressé tant pour la période du 4 mars 2002 au 3 mars 2004 que celle postérieure au 8 mars 2005, au motif qu'en raison de son statut d'indépendant, il ne pouvait être considéré comme apte au placement.
7. Le 4 novembre 2007, l'assuré a formé opposition à la décision de l'OCE du 9 octobre 2007.
8. Le 26 novembre 2007, la CAISSE DE CHÔMAGE UNIA ZURICH (ci-après : la caisse) a adressé à l'assuré une décision lui réclamant la restitution des prestations versées du 4 mars 2002 au 3 mars 2004, soit un montant de 151'077 fr. 25.
9. Le 10 décembre 2007, l'assuré s'est opposé à cette décision également, en concluant à son annulation, subsidiairement à une remise de l'obligation de restituer.
10. Le 15 février 2008, la caisse a suspendu la procédure jusqu'à l'issue du litige opposant l'assuré à l'OCE sur la question de son aptitude au placement.
11. Le 6 mai 2008, l'OCE a confirmé sa décision du 9 octobre 2007.

12. La décision du 6 mai 2008, notifiée à l'assuré par courrier recommandé du même jour, a été retournée à l'OCE, avec la mention "non réclamé", le 20 mai 2008.
13. Par écriture du 19 juin 2008, l'assuré a interjeté recours contre la décision du 6 mai 2008 en concluant notamment à son annulation.
14. Le 12 février 2009, le Tribunal cantonal a rendu un arrêt déclarant le recours de l'assuré irrecevable pour cause de tardiveté (ATAS/155/2009).
15. Saisi à son tour par l'assuré, le Tribunal fédéral (ci-après : TF), a rejeté son recours par arrêt du 5 mai 2009 (8C_245/2009).
16. Par décision sur opposition du 8 octobre 2009, la caisse a confirmé sa décision de restitution du 26 novembre 2007 et transmis la demande de remise de l'assuré à l'OCE comme objet de sa compétence.
17. Le 12 novembre 2009, l'assuré a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal de céans.

Il allègue avoir saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'une requête individuelle contre l'arrêt du TF du 5 mai 2009 et demande la suspension de la procédure en attendant que la Cour se prononce.

Quant au fond, l'assuré conclut à l'annulation des décisions rendues par l'intimée en dates des 26 novembre 2007 et 8 octobre 2009.

Le recourant fait valoir que c'est à tort que le recours qu'il a interjeté contre la décision de l'OCE du 6 mai 2008 a été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté.

18. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 14 décembre 2009, a fait remarquer que l'arrêt du TF du 5 mai 2009 étant immédiatement exécutoire, il s'imposait de rejeter tant la requête de suspension que le recours en lui-même.
19. Après transmission de cette écriture au recourant, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution de la somme de 151'077 fr. 25 correspondant aux prestations versées à l'assuré du 4 mars 2002 au 3 mars 2004.

A ce stade, il suffit d'examiner si les conditions de la restitution sont réalisées, la demande de remise de l'obligation de restituer devant faire l'objet d'une procédure ultérieure.

Il ne saurait être question d'étendre le cadre du litige à la question de savoir si c'est à juste titre que le recours interjeté par l'assuré en date du 19 juin 2008 contre la décision de l'OCE du 9 octobre 2007 niant son aptitude au placement a été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté dans la mesure où cette question a d'ores et déjà été tranchée par le TF.

Nonobstant la saisine de la Cour européenne, l'arrêt du TF est immédiatement exécutoire, de sorte qu'il n'y a pas non plus lieu de suspendre la procédure comme le demande le recourant, d'autant qu'il ressort du texte clair de l'art. 14 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10) - qui prévoit que lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions - qu'il s'agit-là d'une norme potestative ("Kann-Vorschrift" ; cf. également arrêt du Tribunal administratif du 16 décembre 2008, ATA/630/2008) dont on ne saurait tirer la conclusion que la suspension systématique de la procédure s'impose systématiquement chaque fois qu'une autorité civile, pénale ou administrative est parallèlement saisie.

4. Quant au bien-fondé de la demande de restitution de la caisse, le Tribunal de céans retient ce qui suit.

a) En vertu de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, le droit à l'indemnité de chômage est soumis à un certain nombre de conditions cumulatives, au nombre desquelles celle de l'aptitude au placement de l'assuré (let. g ; sur le caractère cumulatif, cf. ATF 124 V 215 consid. 2).

Aux termes de l'art. 85 al. 1^{er} let. e LACI, les autorités cantonales statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, concernant le droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). Le cas échéant, elles sont appelées à se prononcer sur l'aptitude au placement de l'assuré par une décision de constatation. Lorsqu'une telle décision est en force, la caisse de chômage est liée par les constatations de l'autorité cantonale (ou du juge en cas de recours) au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage (ATF 126 V 399, consid. 4cc).

b) En l'espèce, force est de constater que la question de l'aptitude au placement du recourant a été tranchée par la négative par l'OCE et que cette décision est entrée en force.

L'intimée est par conséquent liée par cette décision qui constate l'absence de l'une des conditions posées au versement d'indemnités de chômage.

Partant, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que les prestations allouées au recourant du 4 mars 2002 au 3 mars 2004 l'avaient été indûment.

5. a) 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; ATF du 3 novembre 2000, C 263/00, consid. 1b; ATF du 19 septembre 2000, C 73/00, consid. 1b).

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; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, 2^{ème} éd., Zurich 2009, n. 32 ad art. 53). 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 (Ueli Kieser, *op. cit.*, n. 34 ad art. 53; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827).

b) Dans le cas présent, il a d'ores et déjà été établi que des indemnités de chômage avaient été versées au recourant à tort. Il faut donc admettre que la disposition légale topique n'a pas été correctement appliquée et, partant, que le versement des prestations était manifestement erroné.

Quant à la question de savoir si la rectification de cette erreur revêt une importance notable, elle doit être à l'évidence tranchée par l'affirmative dans la mesure où le montant en cause s'élève à 151'077 fr. 25.

Il en découle que c'est à juste titre que l'intimée a réclamé la restitution des prestations indûment versées.

6. Reste à examiner si la demande de la caisse est intervenue en temps utile.

a) 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).

Selon la jurisprudence, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270, consid. 5a). Il commence à courir dans tous les cas dès qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (ATF du 30 juillet 2007, K 70/06, consid. 5.1).

b) En l'occurrence, l'intimée a adressé la décision de restitution au recourant le 27 novembre 2007, soit moins de deux mois après la décision de l'OCE constatant l'inaptitude du recourant au placement et fondant l'obligation de restituer. Force est donc de constater que le délai d'une année prévu par l'art. 25 LPGA a ainsi été respecté.

7. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est rejeté.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Préalablement :

2. Rejette la demande de suspension de l'instance.

Au fond :

3. Rejette le recours.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification 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

Yaël BENZ

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Christine PITTELOUD

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