RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/684/2022 **ATAS/1000/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 11 novembre 2022

9ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____, VERSOIX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Sacha CAMPORINI	recourante

contre

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

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ, Michael RUDERMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'assurée) s'est inscrite auprès de l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) en date du 7 juin 2018 et un délai-cadre lui a été ouvert jusqu'au 6 décembre 2020.

b. Son gain assuré a été fixé par la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) à CHF 8'143.-.

B. **a.** Par décision du 25 janvier 2021, la caisse a demandé à l'assurée la restitution de la somme de CHF 5'968.05, représentant le montant des indemnités journalières perçues à tort entre le 1er et le 30 novembre 2020.

Cette décision est entrée en force.

b. Par courrier du 2 février 2021, l'assurée a sollicité la remise de l'obligation de restituer la somme demandée, exposant qu'elle était de bonne foi et qu'elle se trouvait dans une situation financière difficile.

c. Par courriel du 22 avril 2021, la caisse a expliqué avoir indemnisé l'assurée à 100 % par erreur, sans tenir compte de son gain intermédiaire, ni de son aptitude à un taux de 40 % durant la période de novembre 2020. L'assurée avait donc perçu à tort la somme de CHF 5'968.05 pour cette période. Elle s'était du reste aperçue du montant élevé reçu et avait contacté la caisse le 3 décembre 2020 pour en comprendre les raisons.

d. Par décision du 9 décembre 2021, le service juridique de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a accepté la demande de remise de CHF 5'968.05 formée par l'assurée. Celle-ci avait été manifestement de bonne foi lors de la perception indue des indemnités versées par la caisse pour le mois de novembre 2020. À aucun moment, l'assurée n'avait-elle fourni des indications fausses ou erronées dans le but d'obtenir indûment des prestations de l'assurance-chômage. Dans son formulaire « Indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) relatif au mois de novembre 2020, elle avait indiqué avoir travaillé en gain intermédiaire du 1er au 30 novembre 2020 auprès des EPI. Elle avait également transmis une attestation de gain intermédiaire y relative, ainsi qu'un certificat médical attestant de ce qu'elle avait été en incapacité de travail de 60 % durant cette période. Le 3 décembre 2020, l'assurée avait pris contact avec la caisse, via la plateforme en ligne, en attirant son attention sur le fait qu'elle avait perçu des indemnités conséquentes pour le mois de novembre 2020 et attendait de recevoir le décompte y relatif pour comprendre.

e. Le 4 janvier 2022, le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : le SECO) a formé opposition à cette décision. La caisse avait indemnisé l'assurée par erreur pour le mois de novembre 2020. Bien que l'assurée n'ait commis aucune faute, on ne pouvait admettre sa bonne foi, puisqu'au moment du versement des indemnités, elle s'était vite rendue compte qu'il y avait une erreur et avait

contacté la caisse sur ce point. Or, selon la jurisprudence, la bonne foi devait être niée lorsque 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. Par ailleurs, le laps de temps entre la prise de connaissance de l'erreur et la décision de restitution était très court, ce qui ne permettait pas à l'assurée d'en déduire que ce montant ne lui serait pas exigé en restitution.

f. Par décision sur opposition du 26 janvier 2022, l'OCE a admis l'opposition du SECO et annulé sa décision du 9 décembre 2021, en ce sens que la remise du montant de CHF 5'968.05 était refusée à l'assurée. Il était retenu, en substance, que l'assurée pouvait s'attendre, au moment du versement de la somme litigieuse, à son obligation de restituer. Elle savait que la prestation était indue puisqu'elle avait pris contact avec la caisse le 3 décembre 2020, soit rapidement après le versement litigieux, en attirant son attention sur le fait qu'elle avait perçu des indemnités conséquentes. Il était du reste établi que la décision de restitution était intervenue moins de deux mois après la prise de connaissance de l'erreur par l'intéressée, de sorte qu'elle ne pouvait pas considérer que la somme ne lui serait pas demandée en restitution. La condition de la bonne foi n'était dès lors pas réalisée.

C. **a.** Par acte du 28 février 2022, l'assurée a recouru par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de cette décision, concluant à son annulation, à ce qu'il soit constaté qu'elle avait agi de bonne foi et à l'octroi de la remise de son obligation de rembourser la somme litigieuse. Préalablement, elle a requis sa comparution personnelle. Elle s'est plainte, en substance, d'une violation de son droit d'être entendue et d'une constatation inexacte des faits. Elle a exposé n'avoir été informée de l'opposition du SECO qu'à réception de la décision sur opposition. Par ailleurs, et contrairement à ce qu'avait retenu l'OCE, elle avait contacté la caisse le 3 décembre 2020 aux fins d'obtenir le détail de son décompte de prestations. À ce stade, elle n'avait nullement pris position sur un éventuel remboursement des prestations versées. Entre la demande de clarification à la caisse et la décision de remboursement, il s'était écoulé deux mois durant lesquels elle n'avait pas eu de communication avec la caisse. Elle avait fait preuve de toute la diligence requise dans ses communications avec la caisse. Elle avait en effet annoncé son gain intermédiaire ainsi que son incapacité de travail et s'était immédiatement enquise de la situation auprès de la caisse après réception des prestations litigieuses.

b. Par réponse du 24 mars 2022, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Le 29 avril 2022, l'assurée a persisté dans ses conclusions. Elle n'avait pu prendre connaissance de l'opposition du SECO que dans le cadre du recours devant la chambre de céans.

EN DROIT

1.

1.1 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.

1.2 Interjeté dans les formes et les délais légaux, le recours est recevable (art. 56 al. 1, 60 et 61 let. b LPGA).

2. Le litige porte sur la question de savoir si la recourante peut bénéficier d'une remise de l'obligation de restituer les prestations de l'assurance-chômage, perçues à tort, pour le mois de novembre 2020, à hauteur de CHF 5'968.05.

3. La recourante sollicite son audition.

3.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

3.2 En l'espèce, la recourante a eu l'occasion de s'exprimer devant la chambre de céans et de produire toute pièce utile. Elle n'expose pas quels éléments supplémentaires son audition apporterait à l'instruction de la cause, étant rappelé qu'elle n'a pas de droit à être entendue oralement. La chambre de céans dispose dès lors d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige en toute connaissance de cause. Il ne sera donc pas donné suite à sa demande d'audition.

4. Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue.

4.1 Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves

pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282).

Ce droit est rappelé, en assurances sociales, à l'art. 42 LPGA. Selon cette disposition, qui s'applique en assurance-chômage par le renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI, les parties ont le droit d'être entendues. Il n'est pas nécessaire de les entendre avant une décision sujette à opposition.

Le droit d'être entendu ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; ATF 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Toutefois, la réparation de la violation du droit d'être entendu doit rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée. Si par contre l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à la violation (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3 ; ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_53/2012 du 6 juin 2012 consid. 6.1). Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure [en allemand: "formalistischer Leerlauf"] (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; ATF 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1043/2013 du 11 juin 2014 consid. 2.2).

4.2 Devant la chambre de céans, la recourante indique qu'elle n'avait pas eu connaissance de la procédure d'opposition initiée par le SECO avant de recevoir la décision sur opposition.

En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier, et l'intimé ne le soutient pas, que l'opposition du SECO ait été transmise à la recourante. Or, si, selon l'art. 42 LPGA, il n'est pas nécessaire d'entendre l'assuré avant de rendre une décision sujette à opposition, ce dernier doit avoir la possibilité de s'exprimer dans le cadre de la procédure d'opposition. Le droit d'être entendu implique ainsi le droit d'être informé de la procédure d'opposition et d'avoir accès aux pièces utiles pour se déterminer. Ainsi, le fait de n'avoir pas communiqué l'opposition du SECO à la recourante constitue une violation de son droit d'être entendue. Cette violation ne saurait toutefois mener à l'annulation de la décision querellée. La chambre de céans dispose en effet d'un plein pouvoir d'examen en fait, en droit et en opportunité (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_758/2017 du 19 octobre 2018 consid. 4.3). Dans le cadre de la présente procédure, l'intimé a produit les

documents sur lesquels il a fondé la décision querellée. Ces documents ont été transmis à la recourante, qui a pu faire valoir ses observations et ses objections dans le cadre de la procédure de recours. La violation du droit d'être entendue de la recourante, au stade de l'opposition, a ainsi été réparée devant la chambre de céans. Il n'y a dès lors pas lieu d'annuler la décision litigieuse en raison du vice de procédure, ce qui ne ferait que retarder inutilement la résolution du litige et serait contraire avec l'intérêt de la recourante à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable.

5.

5.1 Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, 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).

Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire : s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours : en revanche, s'il admet avoir perçu indûment des prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et des difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas de remboursement, il doit présenter une demande de remise. La demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue faisant l'objet d'une procédure distincte.

Selon l'art. 4 al. 4 de l'ordonnance fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (OPGA – RS 830.11), une telle demande doit être déposée au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (arrêt du Tribunal fédéral 8C_814/2017 du 11 mars 2019 consid. 6 et les références).

5.2 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).

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 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_34/2022 du 4 août 2022 consid. 4.2 ; 9C_319/2013 du 27 octobre 2013 consid. 2.2 ; 8C_375/2012 du 30 avril 2013 consid.5.2.1).

5.3 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).

5.4 Devant la chambre de céans, la recourante ne conteste pas avoir perçu le montant dont la restitution est demandée. Elle invoque sa bonne foi, exposant

avoir fait preuve de toute la diligence requise dans ses communications avec la caisse.

En l'occurrence, il n'est pas contesté, ni contestable, que les faits ayant conduit à l'obligation de restituer ne sont aucunement imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave de la part de la recourante. Bien au contraire, elle a valablement indiqué, dans son formulaire IPA relatif au mois de novembre 2020, qu'elle avait travaillé en gain intermédiaire et qu'elle était en incapacité de travail à hauteur de 60 %. Par ailleurs, à réception des indemnités litigieuses, elle a immédiatement pris contact avec la caisse pour attirer son attention sur le fait que les prestations étaient conséquentes pour le mois de novembre 2020. On ne saurait, pour autant, admettre que la condition de la bonne foi est réalisée *in casu*. En effet, selon la jurisprudence, 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. Or, tel est bien le cas en l'espèce puisque la recourante s'est tout de suite rendue compte de l'importance des prestations allouées pour le mois de novembre 2020. Contrairement à ce qu'elle soutient, il est à cet égard indifférent de savoir si, lorsqu'elle a pris contact avec la caisse le 3 décembre 2020, l'intéressée avait déjà « pris position sur un éventuel remboursement des prestations » (cf. recours, p. 9). L'élément déterminant réside dans le fait qu'en faisant preuve de l'attention requise, elle aurait dû savoir que la prestation était indue et qu'elle serait tenue de la restituer. L'erreur commise par l'OCE était en effet facilement reconnaissable, comme en témoigne la réaction immédiate de la recourante. Dans ces conditions, on ne saurait admettre que la recourante était de bonne foi, au sens de la jurisprudence précitée.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'elle prétend, le laps de temps entre la prise de connaissance de l'erreur, le 3 décembre 2020, et la demande de restitution, le 25 janvier 2021, est très court, compte tenu notamment de la période de Noël et de Nouvel-An. La recourante ne pouvait ainsi partir du principe que le montant litigieux ne lui serait pas réclamé en restitution.

Dès lors que la condition impérative de la bonne foi, permettant d'entrer en matière sur une demande de remise de l'obligation de rembourser, n'était pas remplie, l'intimé était en droit d'admettre l'opposition du SECO et rejeter la demande de remise.

Le recours doit partant être rejeté.

6. Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} *a contrario* LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

En principe, la recourante n'obtenant pas gain de cause, il n'y aurait pas lieu de lui allouer de dépens (art. 61 let. g LPGA). Néanmoins, dans la mesure où le recours a été nécessaire pour réparer la violation de son droit d'être entendue en procédure

administrative, la recourante, représentée par un mandataire professionnellement qualifié, peut prétendre à de tels dépens. Ces derniers, arrêtés à l'500.-, seront mis à la charge de l'intimé (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_738/2014 du 15 janvier 2015 consid. 7 ; 9C_670/2013 du 4 février 2014 consid. 3.3.1).

******

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Alloue à la recourante, à la charge de l'intimé, une indemnité de CHF 1'500.- à titre de dépens.
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
Sylvie CARDINAUX	Eleanor McGREGOR

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