

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2085/2004

ATAS/54/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

1^{ère} chambre

du 4 janvier 2005

En la cause

Madame V_____,

recourante

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA,
sise boulevard James-Fazy 18 à Genève

intimée

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Madame V _____, d'origine péruvienne, a déposé une demande d'indemnité auprès de la Caisse de chômage de l'association des commis de Genève (ci-après la caisse) le 24 février 2003. Un délai cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès 11 mars 2003. Son gain assuré a été fixé à 3'320 fr. pour une aptitude au placement de 100%.
2. Lors d'un contrôle du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le SECO) en mars 2004, la caisse a constaté que la bénéficiaire, en raison de son arrivée en Suisse en mai 1998, ne remplissait pas les conditions d'octroi des indemnités de chômage.
3. Par décision du 7 avril 2004, elle lui a dès lors réclamé le remboursement de la somme de 29'376 fr., représentant les prestations versées à tort du 11 mars 2003 au 29 février 2004.
4. La bénéficiaire a formé opposition à ladite décision le 27 avril 2004.
5. La caisse lui a alors en date du 24 juin 2004 notifié une nouvelle décision, annulant et remplaçant la précédente, fixant à 23'542 fr. 75 le montant à rembourser.
6. L'assurée a à nouveau contesté cette décision, le 19 janvier 2004. Elle invoque le principe de la bonne foi selon lequel l'administration est liée par un renseignement, une promesse ou une assurance légalement erronés donnés à un administré si plusieurs conditions cumulatives sont remplies. Elle fait également valoir que la demande de la caisse est prescrite. Elle sollicite enfin la remise de la somme dont le paiement lui est réclamé.
7. Par décision sur opposition du 14 septembre 2004, la caisse a confirmé sa décision du 24 juin, au motif que le délai de prescription d'un an ne débute qu'au moment où elle aurait pu ou dû dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise ; elle considère par ailleurs que la bonne foi ne peut être examinée dans une procédure d'opposition mais seulement dans une éventuelle procédure de demande de remise, une fois la décision de restitution entrée en force.
8. L'assurée a interjeté recours le 9 octobre 2004 contre ladite décision. Elle ne conteste pas le fait que les indemnités de chômage lui aient été versées à tort. Elle considère en revanche, principalement, que le droit de demander la restitution est prescrit, et subsidiairement, que le principe de la bonne foi doit s'appliquer.

9. Invitée à se déterminer, la caisse a conclu au rejet du recours par écriture du 4 novembre 2004 et persiste à dire que le critère de la bonne foi ne pourra être examiné que dans le cadre d'une demande de remise.
10. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures pendantes au 1er janvier 2003 ou introduites après cette date devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA.
3. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982. Sa compétence pour juger le cas d'espèce est ainsi établie.

4. Aux termes de l'art. 14 al. 1 let. a la loi fédérale sur l'assurance-chômage (ci-après LACI) :

« Sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9, al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants:

- a. formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (...) ».

La recourante étant arrivée en Suisse en mai 1998, dix ans de domicile en Suisse ne peuvent lui être comptés lorsqu'elle dépose sa demande d'indemnité auprès de la caisse en mars 2003. Des indemnités de l'assurance-chômage lui ont néanmoins été versées. Il n'est pas contesté qu'elles l'ont été indûment.

5. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

C'est ainsi à juste titre que la caisse a entendu réclamer à la recourante le paiement de la somme de 23'542 fr. 75, représentant les prestations versées à tort.

6. La recourante allègue qu'il y a prescription.

Selon 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. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant ».

En l'espèce, c'est suite à un contrôle effectué par le SECO au mois de mars 2004, que la caisse a réalisé que la recourante ne remplissait pas la condition de durée de domicile en Suisse. Le délai de cinq ans a été respecté par la caisse puisqu'elle réclame dans la décision litigieuse le remboursement des prestations versées à tort depuis mars 2003. Reste à déterminer si elle a agi dans le délai d'un an à compter du moment où elle a eu connaissance du fait.

« Avoir connaissance » se rapporte au moment où l'on aurait dû, en faisant preuve de l'attention exigible et compte tenu des circonstances, constaté le fait ouvrant droit à la réparation (RCC 1983 p. 108). Le Tribunal fédéral ajoute cependant que pour ne pas rendre illusoire la possibilité d'exiger une restitution par suite d'une erreur de l'administration, la durée de prescription court non pas dès le jour où l'erreur a été commise, mais celui où l'administration aurait dû après coup « par exemple lors d'un contrôle », s'apercevoir d'une telle erreur en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle, eu égard aux circonstances (RCC 1985 p. 543 ; ATF 124 V 382 ; ATF 110 V 304).

Il y a ainsi lieu de conclure en l'espèce, qu'ayant notifié sa décision le 7 avril 2004 la caisse a respecté le délai d'un an prévu par l'art. 25 al. 2 LPGA.

7. La recourante invoque par ailleurs le principe de la bonne foi, non pas comme l'a considéré la caisse, en tant que l'une des conditions à la remise, mais en tant que principe liant l'administration.

Les principes que la jurisprudence déduisait de l'art. 4 de la Constitution fédérale en ce qui concerne le droit à la protection de la bonne foi valent également sous le régime de l'art. 9 de la Constitution fédérale.

On n'est cependant pas en l'espèce dans le cas où un renseignement a été donné à un assuré. Une décision viciée a été rendue. Un conflit entre le principe du respect du droit objectif et celui de la sécurité doit être tranché. Les destinataires des décisions et les tiers, parties éventuelles, ne peuvent plus faire recours les délais étant passés. Ils peuvent seulement saisir l'autorité qui a pris la décision viciée d'une demande de réexamen ou soumettre une plainte à l'autorité hiérarchique supérieure ou à l'autorité de surveillance. Réciproquement la question se pose de savoir quand une autorité administrative peut ou doit se saisir d'office si elle constate qu'un vice affecte dès l'origine une décision dotée de la force et de l'autorité de la chose décidée. La modification ou la suppression d'office sur demande de réexamen sur plainte d'une décision viciée dès l'origine est une révocation (cf. Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd. p. 271). La révocation est une décision ; elle doit donc être adoptée par l'autorité compétente et selon la procédure applicable. Elle est sujette à recours. Une décision affectée d'un vice grave entraînant la nullité peut être toujours « révoquée » ; cependant, lorsque la décision nulle était une décision favorisante pour son destinataire, elle ne peut pas être « révoquée » avec effet dès l'origine en raison du principe de la proportionnalité (cf B. KNAPP, N° 1278).

Selon la jurisprudence, les décisions administratives de l'autorité de la chose décidée doivent en principe être révoquées lorsqu'elles sont affectées d'un vice soit d'une erreur de droit ou de fait (ATF 100 Ib 97). Cette jurisprudence est cependant nuancée par le fait que le Tribunal fédéral considère que la révocation ne doit pas avoir des conséquences disproportionnées pour le destinataire de la décision par rapport aux exigences du respect de droit objectif. Il convient donc d'appliquer les principes de la proportionnalité et de la bonne foi en plus de celui de la légalité. Le TFA exige pour justifier une révocation que les décisions, y compris celles qui sont relatives à des prestations, dotées de l'autorité de la chose décidée soient indubitablement erronées et que la correction de l'erreur soit importante (ATF 109 V 112 ; 115 V 314 ; 116 V 62).

Tel est bien le cas en l'espèce.

La jurisprudence relative à la révocation des décisions s'applique dans tous les domaines des assurances sociales, y compris celui de l'assurance-chômage (ATF 108 V 168 ; André GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, p. 440 ss.). Aussi la restitution des prestations sociales versées à tort est-elle exigée, sauf dans les cas où les conditions de la remise sont réalisées, soit la bonne foi et la situation financière difficile (art. 25 LPGA ; Pierre MOOR, Droit administratif, vol. II, N° 2.4.3.7). Il y a à cet égard lieu de constater que la recourante a d'ores et déjà sollicité la remise de l'obligation de rembourser la somme de 23'542 fr. 75.

Le recours devant être rejeté au fond, il se justifie de renvoyer la cause à la Caisse afin qu'elle se détermine, par décision sujette à recours, sur les deux conditions de la remise.

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

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Renvoie la cause à la Caisse dans le sens des considérants.
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 par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

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