RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1033/2004** **ATAS/916/2005**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## chambre 3

## du 20 octobre 2005

En la cause

Monsieur M_____**,** mais comparant par Me Julie VAISY, en recourant l'Etude de laquelle il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI**,** Groupe réclamations, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

**Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,**
**Mesdames Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, juges**

## EN FAIT

1. Monsieur M_____ a comparu devant notaire le 21 décembre 1973 afin de créer la société X_____ SA. A cette occasion, il a souscrit quarante-huit des cinquante actions au porteur constituant le capital-actions.

2. Dès le 1er janvier 1974 il a été engagé comme directeur par la société dont la raison sociale a été transformée, le 22 mai 1974, en Y_____ SA.

3. Depuis le 11 juillet 1988, Monsieur M_____ est inscrit au Registre du commerce (RC) en tant que directeur avec signature individuelle. Monsieur D_____ y figure pour sa part comme administrateur, également avec signature individuelle.

4. Par courrier du 28 octobre 1994, Monsieur D_____ a licencié Monsieur M_____ avec effet au 31 janvier 1995 pour motifs économiques.

5. Monsieur M_____ s'est alors annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE). Sur sa demande d'indemnités, il a répondu par la négative à la question de savoir s'il obtenait encore un revenu d'une activité indépendante ou dépendante.

6. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 1er février 1995. Des indemnités lui ont été versées par la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) du 1er février 1995 au 20 août 1996.

7. Le 17 novembre 1997, au cours d'une enquête portant sur l'activité déployée de juin 1984 à janvier 1996 par Monsieur I_____ (ancien employé de Y_____ SA), ce dernier a reconnu que, bien qu'inscrit à l'OCE depuis le 1er février 1996, il lui était arrivé de « donner un coup de main au directeur de la société », Monsieur M_____, notamment pour des réparations ou des dépannages, tout en précisant que la société n'avait plus beaucoup d'activité. Egalement interrogé, Monsieur M_____ a déclaré que Monsieur I_____ venait de manière irrégulière dans les locaux de la société, à raison d'une demi-journée deux ou trois fois par semaine, qu'il n'était toutefois pas rétribué et qu'aucune autre personne n'était occupée par la société. La permanence téléphonique était assurée par une entreprise de messagerie. Les personnes chargées de l'enquête on relevé que Monsieur M_____ était au courant du fait que son ancien employé était au chômage puisqu'il avait signé une attestation d'employeur le concernant.

8. Le 23 février 1998, la caisse a soumis le dossier de Monsieur M_____ à la section assurance-chômage (SACH) afin que cette dernière se détermine sur son aptitude au placement et son droit aux indemnités de chômage pour la période de février 1995 à août 1996.

9. Par décision du 1er avril 1998, la SACH a nié à l'assuré le droit aux prestations de chômage durant cette période. Cette décision a été confirmée par le Groupe réclamations.

10. Par décision du 19 juin 1998, la caisse a par ailleurs demandé à l'assuré le remboursement des indemnités indûment perçues durant la période considérée, soit Fr. 99'029.-. Cette décision a toutefois été suspendue dans l'attente de l'entrée en force de celle du 1er avril 1998.

11. Par décision du 5 août 1999, la Commission cantonale de recours en matière de chômage – alors compétente - a confirmé que l'assuré n'avait pas droit aux indemnités de chômage durant la période considérée. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et partant, est devenue définitive.

12. Par courrier du 30 juin 2003, l'assuré a sollicité la remise du montant qui lui était réclamé. La caisse, à qui il avait adressé sa demande, l'a transmise à la SACH comme objet de sa compétence.

13. Par décision du 9 décembre 2003, la SACH a refusé la remise au motif que l'assuré avait commis une négligence grave en taisant des faits manifestement importants et que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée.

14. Par l'intermédiaire de son conseil, l'assuré a formé opposition contre cette décision le 26 janvier 2004. Il a allégué que depuis le début des années 1990, Y_____ SA avait connu de sérieuses difficultés économiques et que le dépôt de bilan n'avait pu être provisoirement évité que grâce à une remise conditionnelle de dette et à diverses mises de fond successives. Il a expliqué que depuis la création de la société, la clientèle s'était développée parmi ses relations sociales et amicales et qu'il s'était fait un point d'honneur, malgré les difficultés, à ne pas décevoir les personnes qui lui avaient fait confiance et à éviter aussi longtemps que possible la faillite afin de pouvoir honorer les contrats de maintenance en cours. Durant le trimestre 1994, il avait été décidé, vu la situation désastreuse de la société, de supprimer le poste de directeur, la société n'étant plus en mesure d'assurer son salaire. L'assuré estime avoir communiqué toutes les informations utiles lors de son inscription à l'OCE et soutient n'avoir jamais eu d'autre titre que celui d'employé salarié directeur. Il conteste également avoir dissimulé le fait qu'il était actionnaire majoritaire de la société et relève à cet égard que les documents qui lui ont été remis ne faisaient nulle part mention d'une incompatibilité entre le statut d'actionnaire employé d'une société anonyme et le droit aux indemnités, raison pour laquelle il avait été persuadé de remplir les conditions lui permettant d'obtenir des indemnités. La seule chose qu'il n'ait pas déclarée est le fait qu'il a continué à se rendre dans les locaux de la société pour vérifier que les contrats de maintenance étaient tant bien que mal honorés. Il a enfin souligné qu'en sa qualité d'actionnaire, il n'avait pas touché de dividendes durant la période où il était inscrit au chômage. Il n'avait

jamais été rémunéré à quelque titre que ce soit pour son activité au sein de la société, raison pour laquelle il avait indiqué qu'il n'avait pas de revenu provenant d'une activité indépendante ou dépendante.

15. Par décision sur opposition du 30 mars 2004, le Groupe réclamations a confirmé la décision du 9 décembre 2003. Il a été relevé qu'outre le fait que l'assuré était actionnaire majoritaire de la société, il était toujours inscrit au Registre du commerce en tant que directeur avec signature individuelle ; il avait donc donné une fausse information en déclarant avoir été licencié de son poste de directeur. De surcroît, il s'était inscrit au chômage alors qu'il entendait poursuivre son activité, son licenciement n'étant que passager (ce qu'avait admis la Commission cantonale de recours dans sa décision du 5 août 1999). Il a ainsi continué à travailler pour la société et à gérer du personnel durant toute la période durant laquelle il a touché des indemnités de chômage. Dès lors, le Groupe réclamations a estimé que la bonne foi de l'assuré ne pouvait être reconnue.

16. Par courrier du 14 mai 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il explique qu'au début des années 1990, la société a connu de sérieuses difficultés économiques liées d'une part à la crise conjoncturelle et d'autre part à l'évolution de l'industrie informatique. L'assuré relève que les documents qui lui ont été remis lors de son inscription ne faisaient nulle mention d'une incompatibilité entre le statut d'actionnaire employé d'une société et le droit aux indemnités. Il assure avoir informé sa conseillère, Madame O_____, du fait qu'il demeurait actionnaire majoritaire de la société. Il estime donc avoir donné toutes les informations utiles et importantes à l'autorité et conclut dès lors à ce que sa bonne foi soit reconnue.

17. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans son préavis du 25 juin 2004, a conclu au rejet du recours. Elle relève que l'assuré s'est abstenu d'indiquer qu'il continuait à exercer son activité de directeur au sein de la société et qu'il devait se rendre compte qu'il ne pouvait pas continuer à le faire toute en percevant des indemnités de chômage.

18. Dans sa réplique du 20 juillet 2004, le recourant a maintenu ses explications et affirmé qu'il s'était contenté de suivre la liquidation des affaires en cours, la continuation de l'entreprise étant exclue. Il a exprimé le souhait d'être entendu en comparution personnelle.

19. Une audience a eu lieu le 19 mai 2005. Le recourant a expliqué n'avoir pas interjeté recours contre la décision du 5 août 1999 lui niant le droit aux indemnités de chômage en raison de la situation précaire et les problèmes de santé qui étaient alors les siens. Il a par ailleurs protesté de sa bonne foi et assuré n'avoir jamais rien caché à sa conseillère. Il a admis ne pas avoir fait radier l'inscription le désignant comme directeur de la société et allégué que c'eût été à l'administrateur de le faire et que cette inscription ne « signifiait pas grand chose ». Il a contesté s'être rendu dans les

locaux de la société pour continué son activité et expliqué avoir simplement profité de l'infrastructure à sa disposition pour effectuer ses recherches d'emploi. Cela lui permettait également de quitter son domicile. Il a admis que des contrats de maintenance étaient encore en cours mais affirmé que son activité, qui consistait à générer des contrats, avait été totalement stoppée. Il a assuré avoir simplement cherché à lutter pour que les choses se terminent bien et pour ne pas décevoir les personnes qui lui avaient fait confiance. Il a enfin expliqué qu'il lui était impossible de mettre fin à toute relation avec la société, dans la mesure où il était garant auprès de l'établissement bancaire. Il pensait que le fait déterminant était de savoir s'il touchait un gain intermédiaire, ce qui n'était pas le cas. Ce à quoi la représentante de l'intimé a répliqué que toute activité, même non rémunérée, devait être annoncée. Enfin, le recourant a relevé que si l'attestation à remplir par l'employeur pour l'OCE pose aujourd'hui expressément la question de savoir si l'assuré ou son conjoint a une participation financière dans l'entreprise ou y occupe une fonction dirigeante, tel n'était pas le cas à l'époque.

## EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er 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. 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'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ et 60 LPGA).

4. En l'espèce, il y a lieu de rappeler que la question de savoir si le recourant avait ou non droit aux indemnités a été tranchée par la négative de manière définitive et exécutoire. Seule demeure donc en suspens la question de savoir s'il remplit les

conditions permettant de lui accorder la remise de l'obligation de rembourser le montant indûment reçu.

5. Aux termes des art. 95 al. 1 et 2 LACI, la caisse est tenue d'exiger de l'assuré la restitution des indemnités auxquelles il n'avait pas droit à moins qu'il n'ait été de bonne foi et que la restitution n'entraîne des rigueurs financières particulières. Il s'agit là d'une obligation légale à laquelle il est impossible de déroger sauf cas expressément prévu par la loi (art. 95 al. 2 LACI ; art. 25 al. 1 LPGA).

   La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier. Elle doit notamment être niée lorsque le versement indu de la prestation a pour origine le comportement intentionnel ou la négligence grave de la personne tenue à restitution. Tel est le cas lorsque des faits ont été tus ou des indications inexactes données intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Il en va de même lorsqu'une obligation d'aviser n'a pas été remplie en temps utile, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Il y a ainsi faute grave chaque fois que la nécessité d'annoncer un changement survenu est évidente (RCC 1986 p. 668). Il y a négligence grave lorsque l'intéressé ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de personne capable de discernement, se trouvant dans une situation identique et dans les mêmes circonstances.

   A cet égard, la jurisprudence développée à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS vaut par analogie en matière d'assurance chômage (ATF 126 V 50). C'est ainsi que l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées 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 encore 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'intéressé 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 (DTA 2001 p. 160 ; DTA 1998 p. 70 ; ATF du 23 janvier 2002 en la cause C. 110/01).

   C'est également le lieu de rappeler qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la LPGA, le TFA a jugé – dans le cas d'un assuré qui faisait grief aux organes de l'assurance-chômage d'avoir omis de l'informer que sa fonction dirigeante excluait le versement d'indemnités de chômage – que les organes de l'assurance-chômage ne sont pas tenus de renseigner spontanément l'assuré sans avoir été questionné par celui-ci ou d'attirer l'attention sur le risque d'un préjudice. Il en allait de même concernant le risque de perdre des prestations d'assurance sociales (ATF du 14 mars 2003, cause C 120/02).

6. En l'espèce le recourant proteste de sa bonne foi au motif, principalement, qu'il n'a pas sciemment dissimulé le fait qu'il avait conservé des liens avec la société qu'il avait fondée. Il relève à cet égard qu'aucune question sur ce point était posée dans le formulaire d'inscription à l'Office cantonal de l'emploi. Dans la mesure où il n'a perçu aucun gain intermédiaire, fait qui lui paraissait déterminant, il ne voyait pas en quoi le fait qu'il reste inscrit comme directeur de la société et conserve des liens avec cette dernière faisait obstacle au versement d'indemnités de chômage.

   Le tribunal de céans partage l'opinion selon laquelle on ne peut effectivement lui reprocher, vu les circonstances, d'avoir été de mauvaise foi. En effet, à l'époque, la question n'était pas posée aux assurés de savoir s'ils conservaient des liens avec une société et quel rôle exactement ils remplissaient auprès de cette dernière. On ne saurait dès lors reprocher au recourant de n'avoir pas supposé qu'il s'agissait là d'une question déterminante. Quoi qu'il en soit, on ne saurait conclure à une négligence grave dans la mesure où il a honnêtement répondu à toutes les questions qui lui ont été posées. La condition de la bonne foi doit donc être considérée comme remplie.

   En ce sens, le recours est admis. La cause est renvoyée à l'autorité intimée afin que cette dernière examine la seconde condition.

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

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.

3. Annule les décisions du 9 décembre 2003 et du 30 mars 2004.

4. Renvoie la cause à la SACH à charge pour cette dernière de vérifier si la seconde condition de la remise est réalisée et de rendre nouvelle décision.

5. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de Fr. 1'200,-- à titre de dépens ;

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis 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: | La Présidente : |
|---|---|
| Janine BOFFI | Karine STECK |

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le