RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1959/2004 **ATAS/269/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 24 mars 2005

3ème chambre

En la cause

Monsieur E_____, mais comparant par Me Michel AMAUDRUZ, en l'Etude duquel il élit domicile — recourant

contre

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

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Monsieur E_____, né en 1954, a suivi une formation d'ingénieur ETS en génie électronique. Il s'est annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un nouveau délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1er février 1999 au 31 janvier 2001.

2. Il ressort des cartes de contrôle de mai 2000 à janvier 2001 que l'assuré a répondu par la négative à la question de savoir si, durant la période de contrôle, il avait exercé une activité lucrative dépendante ou indépendante.

3. Il ressort par ailleurs d'un procès-verbal d'entretien établi par le conseiller en personnel de l'assuré en date du 5 février 2001 que ce dernier lui a dit être à l'essai pour deux mois chez Z_____ Sàrl et avoir assuré qu'il téléphonerait à la fin de la période d'essai pour indiquer ce qu'il en était. Le 5 mars 2001, l'assuré a rappelé pour informer son conseiller qu'il travaillait depuis début février et espérait pouvoir être engagé en fixe. Il s'engageait à rappeler à la fin de sa mission pour le tenir au courant.

4. L'épouse de l'assuré, E_____, s'est quant à elle inscrite au chômage le 1er février 2001 en indiquant avoir travaillé auparavant comme secrétaire auprès de la société Z_____ Sàrl. Dans le cadre de l'instruction de son dossier, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a constaté qu'elle était inscrite au Registre du commerce (ci-après RC) depuis le 25 mai 2000 comme associée gérante de la société avec signature individuelle, pour une part de 10'000 fr. Par décision du 20 septembre 2001, confirmée par le Groupe réclamations le 20 décembre 2001, le droit aux indemnités de chômage lui a été refusé au motif qu'elle réunissait la double qualité d'employeur et d'employée au sein de la société.

5. Ayant découvert lors cette procédure que Monsieur E_____ était également inscrit au RC depuis le 25 mai 2000 comme associé gérant avec signature individuelle pour une part de 10'000 fr., la caisse a demandé à la section d'assurance chômage (ci-après la SACH) de se déterminer sur son aptitude au placement.

6. Par décision du 10 décembre 2001, la SACH a nié à Monsieur E_____ tout droit aux indemnités de chômage au motif qu'il était employeur au sein d'Z_____ Sàrl.

7. Sur opposition de l'intéressé, le Groupe réclamations a annulé cette décision le 17 mai 2002. Il a jugé que l'assuré devait être considéré comme apte au placement dans la mesure où il n'avait pas été établi qu'il n'avait plus la volonté d'accepter un travail rémunéré et qu'il n'aurait pas abandonné son activité indépendante au profit d'un emploi salarié si l'occasion s'en était présentée. Il a par ailleurs rappelé que

l'aptitude au placement de l'assuré ne pouvait être niée au seul motif qu'il avait exercé une activité indépendante et omis d'annoncer la création de son entreprise à l'OCE, ces éléments devant être examinés dans le cadre d'une violation de l'obligation de renseigner. Il a été précisé que l'activité déployée par l'assuré au sein de la société devait être calculée comme gain intermédiaire.

8. Par décision du 20 avril 2002, la caisse a estimé ce gain intermédiaire à 4'000 fr. et réclamé à l'assuré le remboursement de 28'189 fr. 60 représentant le montant touché en trop entre le 25 mai 2000 et le 31 janvier 2001.

9. Par décision du 4 décembre 2002, le Groupe réclamations a confirmé cette décision, précisant à cette occasion que la décision de remboursement du 20 août 2002 était intervenue en temps utile.

10. La Commission cantonale de recours en matière d'assurance chômage a confirmé cette décision le 6 mars 2003. Il a été souligné que le fait que l'assuré affirme n'avoir touché aucune rémunération pour son activité au sein de la société n'était pas déterminant dans la mesure où, selon la loi, ce n'était pas le gain effectivement réalisé qui importait mais le fait que l'assuré ait exercé une activité durant le chômage. Il a été rappelé que lorsque l'assuré ne déclarait alors aucun gain ou un gain anormalement bas, il fallait tenir compte d'un gain conforme aux usages pour l'activité exercée.

11. Par décision du 29 avril 2003, la caisse a accepté la demande de remise déposée par Madame E_____. La bonne foi de celle-ci a été reconnue : il a été tenu compte du fait que tant la demande d'indemnités que l'attestation de l'employeur avaient été correctement remplies, que l'assurée n'avait donc pas donné de fausses informations et qu'à aucun moment, il ne lui avait été demandé si elle avait une participation financière dans l'entreprise ou si elle y occupait une fonction dirigeante.

12. Le 29 octobre 2003, l'assuré a sollicité à son tour la remise du montant de 28'189 fr. 60 auprès de la caisse, laquelle a transmis sa demande à la SACH, comme objet de sa compétence.

13. Par décision du 8 mars 2004, la SACH a refusé la remise. Elle a jugé que l'assuré ne pouvait être considéré comme de bonne foi, dans la mesure où il avait, consciemment et volontairement, omis de déclarer son activité indépendante.

14. L'assuré a formé opposition le 23 avril 2004. Il a allégué qu'il avait créé la société Z_____ Sàrl afin d'anticiper la fin des indemnités de chômage ; que pour que la société puisse commencer son activité - la commercialisation d'appareils électroniques – une concession de SWISSCOM était nécessaire, que son obtention prenait un certain temps et qu'elle ne lui avait d'ailleurs été octroyée que le 14 mars 2001, soit deux mois après la fin de son délai-cadre. Il a assuré n'avoir jamais cessé

de rechercher un emploi et être dans l'impossibilité de rembourser le montant réclamé, compte tenu de sa situation financière. Enfin, il a fait valoir que la décision de restitution du 20 août 2002 était prescrite. Dès lors, il a conclu à l'annulation de la décision de refus de remise du 8 mars 2004 et, subsidiairement, à ce que le droit de restitution de la caisse soit déclaré périmé.

15. Par décision sur opposition du 20 août 2004, le Groupe réclamations a confirmé la décision du 8 mars 2004. Il a rappelé que le Tribunal fédéral des assurances (TFA) avait notamment jugé que, pour un assuré, le fait de travailler à titre gratuit pour le compte de l'entreprise de son fils sans en informer la caisse de chômage constituait une négligence grave et excluait la reconnaissance de la bonne foi quand bien même l'assuré n'avait perçu aucun salaire (DTA 1998 p. 70). Il a été relevé qu'en l'occurrence, l'assuré a exercé une activité indépendante dès le mois de mai 2000 et qu'il a volontairement omis d'en informer la caisse, allant même jusqu'à répondre par la négative à la question de savoir s'il avait exercé une activité dépendante ou indépendante de mai 2000 à janvier 2001. Il a par ailleurs fait croire à son conseiller qu'il avait trouvé un emploi salarié auprès de la société Z_____ Sàrl et qu'il espérait être engagé en fixe. Le Groupe réclamations a ajouté n'avoir jamais admis, même de manière implicite, dans sa décision du 17 mai 2002, que l'assuré était de bonne foi mais avoir simplement jugé qu'il était apte au placement, le fait de ne pas avoir annoncé son activité indépendante ne jouant pas de rôle à cet égard. S'agissant de la prescription du droit au remboursement, le Groupe réclamations a fait remarquer que cette question ne pouvait être examinée dans le cadre de la remise et que, de surcroît, elle avait déjà été tranchée dans la procédure concernant le remboursement, par une décision entrée en force.

16. Par courrier du 22 septembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il fait valoir qu'il était de bonne foi en percevant les prestations litigieuses et que l'autorité intimée aurait dû entrer en matière sur la question de la péremption invoquée dans sa réclamation.

    Il explique que son épouse et lui ont décidé de créer une société à responsabilité limitée dans le domaine du commerce des produits électriques et électroniques, dans l'espoir de réaliser un revenu et de remédier ainsi à leur situation matérielle précaire et affirme en avoir parlé à son conseiller en personnel. Il fait valoir que les affaires de la société n'ont jamais démarré, qu'elle n'a jamais réalisé le moindre revenu et que son épouse et lui ont englouti leurs économies dans les frais liés à sa création. Il souligne qu'il a toujours effectué des recherches d'emploi durant son délai-cadre d'indemnisation, régulièrement donné suite aux assignations et n'a jamais fait l'objet d'une suspension. Il rappelle que le Groupe réclamations l'a jugé apte au placement et que l'OCE, par décision du 29 avril 2003, a admis la bonne foi de son épouse et lui a accordé la remise qu'elle demandait.

S'agissant de la péremption du droit au remboursement, il rappelle que la société a été inscrite au registre du commerce le 25 mai 2000, que les prestations litigieuses ont été servies du 25 mai 2000 au 31 janvier 2001, que la caisse en a demandé le remboursement le 20 août 2002, soit plus d'une année et demie après le versement de la dernière indemnité et plus de deux ans après le moment où elle aurait dû avoir connaissance de son inscription au registre du commerce. Il fait valoir qu'il s'agit-là d'un délai de péremption qui doit être relevé d'office, que si ce grief devait être rejeté, il le ferait valoir dans le cadre de la procédure d'exécution forcée et que, quoi qu'il en soit, une telle procédure aurait peu de chance d'aboutir à un recouvrement quelconque, vu la situation précaire de la famille.

17. Parallèlement à son recours, l'assuré a déposé auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage une demande de reconsidération contre la décision de remboursement.

18. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans son préavis du 21 octobre 2004, a conclu au rejet du recours. Elle admet que l'assuré a indiqué à son conseiller en personnel en septembre 1999 qu'il préparait un dossier pour créer son entreprise mais relève qu'il n'en a plus fait état depuis lors et que le conseiller en personnel ne pouvait donc pas deviner qu'il avait donné suite à son souhait, vingt mois plus tard. Elle conclut dès lors au rejet du recours.

19. Dans sa réplique du 25 novembre 2004, l'assuré fait valoir qu'il n'a pas créé une société dans le dessein de s'enrichir illégitimement et qu'il n'y a dès lors pas lieu de retenir qu'il était de mauvaise foi. Il répète avoir annoncé à son conseiller en personnel, le 21 septembre 1999, qu'il préparait un dossier pour la création d'une entreprise. Il se réfère par ailleurs au procès-verbal d'entretien du 27 octobre 1999 dont il ressort qu'ils en ont rediscuté et qu'il a alors, dans cette perspective, demandé à bénéficier de cours d'informatique, ce qui lui a été accordé. Il soutient que son conseiller était au courant non seulement de son projet, mais également de sa phase d'élaboration et de sa concrétisation. Il estime que son seul tort est d'avoir voulu anticiper la fin des indemnités journalières en créant l'entreprise avant la fin du délai-cadre, dans le but de réduire la période entre la fin de celui-ci et le début de son activité. Il assure n'avoir jamais exercé la moindre activité dépendante ou indépendante et, s'agissant de la péremption, il réitère l'argumentation précédemment développée.

20. Dans sa duplique du 6 janvier 2005, l'autorité intimée a maintenu qu'il n'apparaissait nulle part que les conseillers en personnel de l'assuré étaient au courant de ses intentions et demandé l'audition de Monsieur F_____. Par ailleurs, il a été relevé que si l'assuré avait effectivement été mis au bénéfice d'un cours de formation, celui-ci s'était déroulé du 18 mai au 10 juillet 1998, soit durant son délai-cadre précédent alors que l'éventualité de se mettre à son compte n'avait été évoquée par l'assuré qu'en septembre 1999. Le Groupe réclamations relève par

ailleurs que, dans le procès-verbal d'entretien du 27 octobre 1999, il est simplement mentionné que l'assuré « envisage **peut-être** de se mettre à son compte ». Quant à l'affirmation selon laquelle la société n'a pas été opérationnelle avant mars 2001, l'autorité intimée rappelle que l'assurance-chômage n'a pas pour but d'aider financièrement un assuré à mettre sur pied son entreprise et qu'une aide spécifique est prévue pour les personnes souhaitant se mettre à leur compte ; que l'épouse de l'assuré a reçu des indemnités de chômage suite à son activité au sein de la société du 15 juillet 2000 au 31 janvier 2001, que des cotisations sociales ont été prélevées sur son salaire et qu'elle était assurée auprès de la SUVA depuis le 1er août 2000. Il a été relevé que ce n'était pas le fait de s'être mis à son compte qui était reproché à l'assuré mais celui de ne pas en avoir informé l'OCE. Quant à la prescription, l'autorité intimée fait valoir que la caisse n'a eu connaissance du fait que l'assuré était inscrit au registre du commerce qu'en septembre 2001, suite au contrôle interne concernant le dossier de son épouse.

21. Une audience d'enquêtes et de comparution personnelle a eu lieu le 10 mars 2005.

Entendu à titre de témoin, Monsieur F_____, conseiller en personnel du recourant, a admis ne pas avoir de souvenirs précis concernant celui-ci. A la question de savoir si le recourant lui avait fait part de son envie de devenir indépendant, le témoin n'a pu répondre de manière catégorique. Il a cependant expliqué que les assurés formulent couramment cette idée devant lui et que ce n'est que lorsqu'on lui soumet un projet concret qu'il le transmet à ses collègues de Carouge. Dès lors, il a tiré la conclusion que si le projet du recourant s'était concrétisé, il l'aurait certainement noté et en aurait informé ses collègues. Il a par ailleurs souligné que tous les assurés suivent une séance d'information au cours de laquelle ils sont informés de leur obligation de s'annoncer lorsqu'ils se mettent à leur compte. Il a encore précisé qu'à son souvenir, le recourant n'avait pas dû poser de problème au niveau des recherches d'emploi ou des assignations. Ayant été lui-même chef d'entreprise, il a admis donner volontiers des renseignements et des conseils à ce sujet mais souligné que ses compétences s'arrêtaient là.

Egalement entendu, le recourant a pour sa part reconnu qu'il avait commis une erreur en créant son entreprise dans le délai-cadre. Il a cependant affirmé qu'elle n'a jamais déployé d'activité, qu'il n'y a jamais eu ni facture, ni bénéfice, ni travail, que son épouse n'a jamais reçu de salaire et qu'elle a elle-même payé les cotisations sociales. Il a reconnu ne pas avoir informé le chômage de la création de l'entreprise mais a expliqué que c'est parce qu'il comptait mettre ces quelques mois à profit pour préparer l'activité future de la société. De nombreuses démarches préalables étaient en effet nécessaires : il lui fallait ainsi obtenir plusieurs concessions et démarcher la clientèle. C'est également la raison pour laquelle il a répondu par la négative sur ses cartes de contrôle à la question de savoir s'il exerçait une activité. Il a dit ne pas avoir souvenir d'avoir établi un compte

d'exploitation de la société. Lorsque celui-ci lui a été soumis, il a fait remarquer que son nom n'y figurait pas et que seule son épouse était mentionnée.

22. Du compte d'exploitation intermédiaire de la société Z_____ Sàrl pour la période du 1er août au 31 décembre 2001 produit lors de l'audience, il ressort que 26'311 fr. 75 ont été versés à titre de salaire à Madame E_____, 8'521 fr. à titre de charges sociales, qu'il y a eu achat de matériel pour 21'476 fr. 50, d'une part, et vente de matériel, d'autre part, pour 26'200 fr. Il a été précisé que les salaires destinés à Madame E_____ avaient été réinvestis dans la société en tant qu'apport personnel.

23. A également été produite la déclaration faite par Monsieur E_____ auprès de l'OCE en date du 7 février 2002. Il y déclare que son épouse a travaillé dans la société du 1er août 2000 au 31 janvier 2001, que lui-même y a travaillé du 1er février 2001 à la fin du mois d'avril 2001, et que la société, depuis la fin du mois d'avril 2001, n'a plus eu aucune activité.

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 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 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, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. En l'espèce, la question de l'aptitude au placement du recourant a fait l'objet d'une décision entrée en force. Il n'y a dès lors pas lieu d'y revenir. Seule demeure litigieuse la question de l'éventuelle remise de son obligation de restituer les prestations qui lui ont été versées indûment. Ainsi que l'a fait remarquer à juste titre l'autorité intimée, la question de savoir si la demande de restitution est ou non intervenue dans le délai d'une année fixé par la loi a déjà été tranchée dans le cadre de la décision en restitution, laquelle est désormais entrée en force. Si le recourant entend contester ce point, la seule possibilité qui s'offre à lui est le dépôt d'une demande en reconsidération de la décision en restitution.

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).

6. Dans le cadre de la procédure ayant abouti à la décision d'aptitude au placement du 17 mai 2002, l'assuré a admis avoir effectué des démarches pour mettre en

place la société, avoir loué un dépôt, s'être occupé du raccordement téléphonique, de l'abonnement de téléphonie mobile et des demandes de concessions. Vu le domaine d'activité de la société, le Groupe réclamations a estimé qu'il paraissait peu plausible que l'assuré n'ait pas participé activement au fonctionnement de la société - puisque son épouse n'avait ni formation ni expérience professionnelle dans le domaine – et en a tiré la conclusion que l'assuré avait effectivement exercé une activité indépendante dès le 25 mai 2000 mais que celle-ci, faute de pouvoir faire l'objet d'une évaluation quantitative a posteriori, ne suffisait pas à nier son aptitude au placement.

Même si la société n'a pas eu l'essor escompté et si aucun bénéfice n'a pu être dégagé, force est de constater que le recourant a bel et bien déployé une activité pour le compte de la société du 25 mai 2000 au 31 janvier 2001. Il ressort d'ailleurs du dossier qu'il y a eu activité commerciale, même si c'est dans des mesures moindres. Ainsi, le compte d'exploitation indique qu'il y a eu vente de matériel pour 26'000 fr. Des courriers ont été rédigés et des démarches entreprises par le recourant au nom de la société. Malgré tout, il a faussement indiqué qu'il se trouvait « à l'essai » - ce qu'il a reconnu lors de son audience de comparution personnelle et a délibérément dissimulé à la caisse la création de son entreprise. Dès lors, sa bonne foi ne saurait être reconnue, dans la mesure où, contrairement à ce qui était le cas pour sa femme, il s'est rendu coupable de fausses déclarations.

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

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. 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 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:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

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