RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2220/2006 **ATAS/1066/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 28 novembre 2006

En la cause

Madame -B_____, domiciliée à GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître MATHEY-DORET Marc	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis Glacis-de-Rive 6 à GENEVE	intimé

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Madame -B_____ s'est inscrite à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 28 novembre 2002 au 27 novembre 2004. Elle a indiqué avoir travaillé du 1er janvier au 28 février 2002 pour X_____, du 18 mars au 30 novembre 2002 au Y_____, et du 1er avril au 30 octobre 2002 au service de Z_____ SA. Elle a notamment produit la lettre de congé du 18 octobre 2002 signée par Monsieur G_____, vice-président de Z_____ SA et une attestation de l'employeur, datée du 27 décembre 2002 et également signée par Monsieur G_____. Il est répondu par la négative à la question N° 4 de savoir si l'assurée ou son conjoint a une participation financière dans l'entreprise ou y occupe une fonction dirigeante.

2. Par décision du 9 février 2005, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE (ci-après la caisse) a réclamé à l'assurée le remboursement de la somme de 34'695 fr., représentant les indemnités versées à tort du 28 novembre 2002 au 30 septembre 2004. Lors d'un contrôle interne, la CAISSE a en effet découvert que l'époux de l'assurée, Monsieur L_____, était l'administrateur président de la société Z_____ SA. La caisse a ainsi recalculé le montant dû à l'assurée en ne tenant compte que de la seule perte de son emploi auprès du Y_____.

   Aucun recours n'a été interjeté contre ladite décision.

3. Le 10 mars 2005, l'assurée a déposé une requête visant à la remise de l'obligation de restituer la somme de 34'695 fr. Elle explique que :

   "mon mari et moi-même nous nous sommes mariés au début du mois d'août 2001 après cinq ans de vie commune. J'étais alors seule à Paris et mon mari travaillait depuis peu chez Z_____ SA qu'il avait créée début 2001 (…) Nous souhaitions vivre ensemble à Genève et j'ambitionnais de reprendre une activité similaire à celle exercée sur Paris, responsable de projet dans une société liée à la communication et au marketing. Dans cet esprit j'ai donné ma démission fin août pour être à Genève fin novembre. Pendant les trois mois de préavis, j'ai appris que j'étais enceinte. Je suis donc arrivée à Genève enceinte de deux mois mais déterminée à trouver un travail rapidement. (…) Après trois mois d'absence de revenu et de frustrations, l'associé de mon mari, qui était à la recherche d'un assistant pour le seconder dans diverses tâches administratives, a suggéré de m'engager à mi-temps pour commencer, en attendant que le chiffre d'affaires permette un engagement à temps plein. J'avais l'avantage de déjà bien connaître le fonctionnement de la société et d'être très disponible sur les horaires. (…) La trésorerie commençant à faire défaut et afin d'éviter une faillite de la société, mon mari et son associé ont opté pour mon licenciement qu'ils n'espéraient que

temporaire. C'est ainsi de bonne foi que j'ai fait appel au chômage. Je n'ai à aucun moment cherché à cacher que j'ai travaillé dans la société de mon mari même lors des divers entretiens effectués avec les nombreux conseillers de réinsertion."

4. Par décision du 7 février 2006, la section assurance-chômage de l'OCE (ci-après SACH) a refusé d'accorder à l'assurée la remise, au motif que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée. La SACH a à cet égard retenu que l'assurée avait sciemment tu la position de son mari au sein de la société Z_____ SA, en produisant une lettre de congé signée par une tierce personne et en répondant de manière erronée à la question y relative de l'attestation d'employeur.

5. L'assurée, représentée par Maître Marc MATHEY-DORET, a formé opposition le 10 mars 2006. Elle considère que la SACH lui fait un procès d'intention, étayé d'aucun argument solide. Le seul reproche qui puisse lui être fait est de n'avoir pas prêté l'attention qu'il aurait fallu à la question N° 4 de l'attestation de l'employeur, qui au demeurant n'a été remplie ni par elle ni par son mari, mais par le vice président de la société, Monsieur G_____.

6. Par décision du 18 mai 2006, le groupe réclamations a rejeté l'opposition et confirmé le refus de la SACH.

7. L'assurée a interjeté recours pour le 19 juin 2006 contre ladite décision. Elle répète qu'elle ignorait totalement que la fonction dirigeante de son conjoint dans une société pouvait l'empêcher d'être mise au bénéfice de prestations de l'assurance-chômage. Elle allègue au surplus que l'attestation d'employeur a été directement adressée par Monsieur G_____ à l'OCE. Elle rappelle enfin qu'il aurait suffi à l'OCE de consulter le registre du commerce pour savoir que son époux était inscrit comme organe de la société. Elle déclare enfin que le remboursement de la somme qui lui est réclamé la mettrait elle et son époux dans une situation économique, non seulement difficile, mais catastrophique.

8. Dans sa réponse du 15 août 2006, le groupe réclamations persiste à dire que la réponse erronée, apportée à la question N° 4 de l'attestation d'employeur par une personne habilitée à représenter celui-ci, ne peut avoir pour autre but que d'induire les organes de l'assurance-chômage en erreur. Il relève par ailleurs que dans son opposition du 10 mars 2006, l'assurée déclarait qu'elle ne gardait qu'un vague souvenir de ce formulaire, alors que dans son recours, elle soutient que celui-ci a été adressé directement par son employeur à la caisse de chômage.

9. Dans sa réplique du 15 septembre 2006, l'assurée persiste dans ses conclusions, soulignant au surplus que contrairement à ce qu'affirme l'OCE, son employeur n'était pas son époux, mais une société indépendante dans laquelle celui-ci avait une position d'organe.

10. L'assurée a été entendue par le Tribunal de céans le 14 novembre 2006. Elle a déclaré ne plus se souvenir si elle avait elle-même annexé le questionnaire pour l'employeur dûment rempli au formulaire de demande d'indemnités ou si le vice-président de la société l'avait directement adressé à la caisse. Elle a précisé que c'est le vice-président qui était chargé des tâches administratives au service de la société, alors que son mari se consacrait plutôt à la prospection de nouveaux clients.

11. Sur ce, 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 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 sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont 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. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Le litige se limite à la question de la remise de l'obligation de restituer à la caisse la somme de 34'695 fr. La décision du 9 février 2005 fixant le principe et le montant de la restitution est en effet entrée en force.

5. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA lequel s'applique par renvoi de l'art. 95 al. 1 LACI, 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.

   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), ou lorsque l'intéressé ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé d'une 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).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA) constitue une négligence grave le fait de travailler pour une entreprise à titre gratuit, sans en informer la caisse, lorsqu'il s'agit d'une activité exercée avec régularité et pendant une longue durée et dépassant le cadre d'une simple occupation occasionnelle ou d'un service rendu à un membre de la famille. Un assuré occupé régulièrement à temps partiel ne saurait de bonne foi se considérer comme chômeur. Le fait de ne percevoir aucun salaire n'y change rien, dans la mesure où l'assuré peut précisément renoncer à une rémunération parce qu'il touche des indemnités de chômage. Une telle renonciation revient en réalité à faire supporter à l'assurance-chômage une charge salariale qui aurait normalement incombé à l'employeur et à financer indirectement par cette assurance l'entreprise de ce dernier. Un tel paradoxe ne peut échapper à l'assuré ou doit au moins faire naître chez lui des doutes sérieux sur le bien-fondé de son indemnisation sur la base d'un chômage total, ou sur son aptitude au placement (DTA 1998 p.73 consid. 4b).

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 126 V 360 consid. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 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 322 consid. 5 let. a).

6. En l'espèce, la SACH a refusé d'accorder la remise, au motif que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée. Elle reproche à l'assurée d'avoir sciemment tu le fait que son époux occupait une fonction dirigeante dans la société qui l'avait licenciée.

   Il s'agissait-là en effet d'un fait dont l'importance n'aurait pas dû échapper à l'attention de l'assurée, si elle avait fait preuve du minimum de diligence qu'on est en droit d'attendre, dans une situation identique, d'une personne en possession de toutes ses capacités intellectuelles. Le Tribunal de céans estime ainsi que la recourante ne pouvait croire de bonne foi qu'elle ne devait pas informer son conseiller de la position de son époux au service de la société qui l'employait. Certes soutient-elle ne pas l'avoir caché. Force est cependant de constater qu'elle n'en a pas non plus expressément parlé. Aucune des notes figurant dans le dossier n'en fait état.

   Le point de savoir si l'assurée a ou non participé à l'élaboration du questionnaire de l'employeur n'a pas pu être établi à satisfaction de droit. Il apparaît cependant que le vice-président de la société l'a sciemment rempli de façon erronée; il ne pouvait pas en effet ignorer que le président de la société était l'époux de l'assurée. Il n'avait aucun motif, à titre personnel, de répondre par la négative à la question N° 4, au demeurant fort claire. Force est de conclure qu'il a agi de connivence avec les époux. Au surplus en signant lui-même la lettre de congé, il évitait que la caisse n'ait l'idée d'investiguer sur la composition de conseil d'administration de la société.

   Le Tribunal de céans considère dès lors, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que l'assurée a tout fait pour que la caisse ne connaisse pas la réalité.

   On ne saurait par ailleurs reprocher à la caisse de n'avoir procédé à aucune vérification auprès du registre du commerce. Elle n'avait aucune raison de le faire, puisqu'il avait été répondu par la négative à la question N° 4.

   Force est de constater au vu de ce qui précède, que la bonne foi de l'assurée ne saurait être admise. Aussi la décision lui refusant la remise doit-elle être confirmée, sans qu'il soit besoin d'examiner la condition de la charge trop lourde.

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 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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