

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3277/2006

ATAS/236/2007

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 6 mars 2007**

En la cause

Monsieur M\_\_\_\_\_, domicilié , 1228 PLAN-LES-OUATES

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamation, sis  
Glacis-de-Rive 6, 1211 Genève 3

intimé

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges**

---

---

**EN FAIT**

1. Monsieur M\_\_\_\_\_ (ci-après le recourant), né en 1958, s'est inscrit auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse), pour la première fois, le 1<sup>er</sup> août 1989; il a bénéficié depuis lors de plusieurs délais-cadre d'indemnisation. En juillet 1994, notamment, il a présenté une demande d'indemnité de chômage à l'appui de laquelle il a remis une attestation d'employeur faisant état d'une activité salariée auprès de la société X\_\_\_\_\_ SA, entre le 1<sup>er</sup> septembre 1993 et le 28 février 1994, pour un salaire mensuel brut de 7'500 fr. Un délai-cadre d'indemnisation, courant du 1<sup>er</sup> juillet 1994 au 30 juin 1996, a été ouvert en sa faveur.
2. Le recourant a touché l'indemnité de chômage entre le 1<sup>er</sup> juillet 1994 et le 2 mars 1995, le gain assuré ayant été fixé à 7'500 fr. Il s'est réinscrit à la caisse le 1<sup>er</sup> septembre 1995. Sur la base d'une attestation d'employeur établie par la société Y1\_\_\_\_\_. SA, faisant état d'une activité salariée du 1<sup>er</sup> mars 1995 au 31 août 1995, il a touché des indemnités journalières entre le 1<sup>er</sup> septembre 1995 et le 20 décembre 1995. Le gain assuré a été fixé à 8'100 fr., compte tenu du salaire réalisé auprès du dernier employeur. Du 4 janvier au 3 juillet 1996, le recourant a bénéficié d'un emploi temporaire cantonal pour chômeurs en fin de droit.
3. Le recourant a bénéficié d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation, du 4 juillet 1996 au 3 juillet 1998. Pendant cette période, il a fait état de trois mois d'activité auprès de la société Y\_\_\_\_\_ SA, du 1<sup>er</sup> février 1998 au 30 avril 1998, pour un salaire mensuel brut de 7'500 fr.
4. En date du 1<sup>er</sup> octobre 1999, le recourant a déposé une nouvelle demande d'indemnité de chômage, à l'appui de laquelle il a produit l'attestation d'employeur établie par la société Z\_\_\_\_\_ SA, mentionnant une activité salariée à plein temps entre le 3 août 1998 et le 30 septembre 1999, pour un salaire mensuel brut de 9'750 fr., treizième salaire inclus. Un nouveau délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur et le gain assuré a été fixé à 8'100 fr., puis à 8'900 fr. Le recourant a été indemnisé du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000.
5. Faisant état d'un engagement en qualité d'administrateur commercial de la société X1\_\_\_\_\_ SA à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2000, le recourant a sollicité l'octroi d'une allocation d'initiation au travail. Par décision du 14 septembre 2000, l'office régional de placement (ORP) a fait droit à la demande ; il a octroyé à l'assuré des allocations, pour une durée de six mois, qui ont été versées directement à l'employeur. X1\_\_\_\_\_ SA a résilié les rapports de travail pour le 31 janvier 2001, alléguant des raisons économiques.
6. A la demande du service de placement professionnel (SPP), agence des Minoteries, une enquête a été diligentée par l'office de la main-d'œuvre étrangère, dans le courant du premier semestre 2001, concernant les activités du recourant auprès des

---

sociétés commerciales pour lesquelles il a travaillé. L'enquête a mis en évidence que le recourant avait été administrateur de Z\_\_\_\_\_ SA, avec signature individuelle, entre novembre 1998 et avril 2000, la société ayant d'ailleurs été domiciliée à son adresse privée. Y\_\_\_\_\_ SA avait quant à elle été domiciliée à l'adresse privée de l'assuré, dès le mois de mars 1998. S'agissant de la société X1\_\_\_\_\_ SA, l'assuré en avait été l'administrateur unique avec signature individuelle, dès le mois d'octobre 1999. Il est aussi apparu que les sociétés X\_\_\_\_\_ SA, Y1\_\_\_\_\_. SA, Y\_\_\_\_\_ SA et Z\_\_\_\_\_ SA, toutes dissoutes par suite de faillite, avaient eu comme administrateur un dénommé K\_\_\_\_\_. Lors de son audition, le recourant a déclaré que dès 1993, un grand nombre de sociétés avait été domiciliée à son adresse privée, dont notamment Z\_\_\_\_\_ SA, Y\_\_\_\_\_ SA et X1\_\_\_\_\_ SA. Le recourant a aussi déclaré avoir connu Monsieur K\_\_\_\_\_ au début des années 1990, celui-ci étant son ami et associé. Les éléments recueillis auprès des caisses de compensation concernées ont révélé qu'aucune des sociétés ayant établi les attestations d'employeur à l'intention du chômage n'avait versé de cotisations sociales en faveur du recourant. L'office de la main-d'œuvre étrangère a rendu son rapport en date du 28 mai 2002.

7. Sur la base des éléments réunis par l'office de la main-d'œuvre étrangère, la caisse a rendu, en date du 11 juillet 2002, une décision de « refus d'indemnisation de manière rétroactive, concernant vos demandes d'indemnités présentées les 1.07.1994 et 1.10.1999, qui ont toutes deux débouché sur l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation et pour lesquelles vous ne justifiez à l'époque d'aucune période d'activité soumise à cotisation. » La caisse a aussi retenu que les indemnités versées pour les délais-cadres du 1<sup>er</sup> août 1989 au 31 juillet 1991, du 1<sup>er</sup> juillet 1992 au 30 juin 1994, du 4 juillet 1996 au 3 juillet 1998, avaient été effectuées sur la base de fausses déclarations. Les indemnités versées à tort pour les périodes de contrôle dès juillet 1997 à août 2000 devaient donc faire l'objet d'une demande de remboursement.
8. Le recourant a formé opposition en date du 7 août 2002. Dans le cadre de l'instruction du dossier, le groupe réclamations de l'office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) a invité le recourant, par lettres des 24 septembre et 5 novembre 2002, à fournir tout document attestant de la perception effective de salaires lors de l'activité déployée pour les sociétés X\_\_\_\_\_ SA et Z\_\_\_\_\_ SA, ainsi que copie des déclarations fiscales et des avis de taxation pour les années 1993, 1994, 1995, 1998, 1999 et 2000. Le recourant a répondu qu'il avait égaré tous ces documents pendant ses nombreux déménagements et qu'il n'avait conservé que les bordereaux de taxation relatifs aux années 1999 et 2000, mais pas les déclarations fiscales. L'assuré a été invité à plusieurs reprises à réclamer ses déclarations fiscales auprès de l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC). Il a déclaré à l'OCE avoir entrepris des démarches dans ce sens mais sans succès.

9. Par décision du 17 juin 2004, le groupe réclamations de l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré contre la décision de la caisse du 11 juillet 2002, au motif que l'existence effective d'une activité soumise à cotisation auprès de la société X\_\_\_\_\_ SA, du 1<sup>er</sup> septembre 1993 au 28 février 1994, et auprès de la société Z\_\_\_\_\_ SA, du 3 août 1998 au 30 septembre 1999, n'avait pas pu être établie. Nonobstant de nombreuses sollicitations, le recourant n'avait produit aucun relevé postal ou bancaire attestant du versement effectif d'un salaire. Il n'avait pas non plus fourni ses déclarations d'impôts. Par ailleurs, aucune cotisation sociale n'avait été versée en sa faveur. Enfin, le recourant avait été administrateur, avec signature individuelle, de Z\_\_\_\_\_ SA, entre novembre 1998 et avril 2000, et son associé et ami K\_\_\_\_\_ avait été administrateur de toutes les sociétés qui avaient établi les attestations d'employeur, y compris de X\_\_\_\_\_ SA.
10. Par courrier daté du 15 juillet 2004, le recourant a interjeté recours contre la décision de l'OCE, groupe réclamations, auprès du Tribunal de céans. Il contestait, notamment, avoir été invité à produire des relevés postaux ou bancaires attestant de la perception effective d'un salaire et il précisait ne pas conserver de documents au-delà de cinq ans. Quant aux déclarations d'impôts, il exposait avoir sollicité, à plusieurs reprises, l'AFC, sans succès. Il a conclu à l'annulation de la décision sur opposition, rendue par le groupe réclamations de l'OCE le 17 juin 2004, et de la décision de la caisse du 11 juillet 2002. Invitée à répondre, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours.
11. Après avoir ordonné un deuxième échange d'écritures, le Tribunal a entendu les parties en comparution personnelle, en date du 1<sup>er</sup> décembre 2004. S'agissant de l'activité auprès de la société X\_\_\_\_\_ SA, la représentante de l'OCE a réaffirmé que les salaires versés au recourant entre le 1<sup>er</sup> septembre 1993 et le 28 février 1994 n'avaient pas été déclarés à l'AVS. Le recourant a maintenu, quant à lui, avoir perçu un salaire effectif, bien qu'il ignorait auprès de quelle caisse de compensation X\_\_\_\_\_ SA était affiliée. Quant à l'activité auprès de Z\_\_\_\_\_ SA, le recourant a reconnu avoir été administrateur de la société, mais à titre fiduciaire, et a maintenu ne pas avoir obtenu de réponse de l'AFC s'agissant de ses déclarations fiscales. Sur question, la représentante de l'OCE a indiqué que la caisse avait réclamé, par décision séparée, le remboursement des indemnités perçues à tort par le recourant.
12. Par lettre du 2 décembre 2004, le Tribunal a invité l'AFC à produire les déclarations fiscales 1993 à 1995 et 1998 à 2000 de l'assuré, y compris les certificats de salaire annuels les accompagnant.
13. En date du 15 décembre 2004, l'OCE a produit une copie de la décision de la caisse du 22 août 2002, demandant à l'assuré la restitution de 57'643 fr. 70, correspondant aux indemnités de chômage versées à tort du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000. Dans le courrier d'accompagnement, l'OCE a précisé que le recourant a contesté

---

cette décision en date du 20 septembre 2002 et que le groupe réclamations a suspendu l'instruction de cette réclamation, dans l'attente de l'issue de la procédure de recours dirigée contre la décision de la caisse du 11 juillet 2002.

14. Par ailleurs, la caisse a également réclamé, par décision du 16 juillet 2002, la restitution de 7'790 fr. 75 pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998. La procédure d'opposition a aussi été suspendue par le groupe réclamations de l'OCE, dans l'attente de l'issue de la procédure contre la décision du 11 juillet 2002.
15. Par courrier du 25 janvier 2005, l'AFC a produit les déclarations fiscales, les bordereaux de taxation et les avis de taxation ICC 1994 – 1997. La déclaration fiscale ICC 1993 avait en revanche déjà été détruite, alors que les déclarations 1998 à 2000 n'ont pas pu être retrouvées.

Le certificat de salaire établi par X\_\_\_\_\_ SA et produit en annexe à la déclaration fiscale ICC 1994, faisait état d'un salaire brut de 49'200 fr. réalisé entre le 1<sup>er</sup> janvier 1993 et le 31 décembre 1993. Il ressort du certificat de salaire produit par le recourant en annexe à la déclaration fiscale ICC 1995, qu'il aurait exercé une activité salariée auprès de X\_\_\_\_\_ SA, du 1<sup>er</sup> janvier au 21 décembre 1994, pour un salaire brut de CHF 51'168 frs.

16. Par arrêt du 5 octobre 2005 (ATAS/851/2005), le Tribunal a annulé la décision du groupe réclamations de l'OCE du 17 juin 2004 et la décision de la caisse du 11 juillet 2002. Le Tribunal a jugé que la caisse n'avait aucune raison de dissocier la question des déclarations erronées en relation avec le gain assuré et la restitution des sommes versées en trop du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998 et elle n'avait donc aucun intérêt digne de protection à rendre une décision en constatation séparée sur ce point. Le Tribunal a toutefois souligné que l'annulation de ces décisions n'avait pas pour effet de confirmer le droit du recourant à l'indemnité de chômage. En effet, les décisions de restitution des 16 juillet et 22 août 2002 reposaient sur les constatations contenues dans la décision du 11 juillet 2002. C'était dans le cadre des procédures de réclamation dirigées contre les deux décisions de remboursement, qui étaient suspendues à l'époque, que la question du droit du recourant à l'indemnité de chômage pendant les périodes considérées et celle relative à la restitution des prestations perçues à tort ou perçues en trop devaient être tranchées.
17. Par courrier du 9 février 2006, le Groupe réclamation de l'OCE a informé le recourant que l'instruction de ses deux réclamations des 9 août 2002 et 20 septembre 2002 était reprise, et a accordé au recourant un délai afin de lui faire parvenir ses éventuelles observations. Le recourant n'a pas donné suite à ce courrier.
18. Par décision du 20 juillet 2006, le Groupe réclamations de l'OCE a rejeté l'opposition du recourant interjetée le 9 août 2002, et a confirmé la décision de la caisse du 16 juillet 2002, portant sur la période du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998.

---

L'intimé a constaté que le recourant n'avait jamais pu démontrer avoir reçu un salaire de la part de Y1\_\_\_\_\_. SA. Par ailleurs, les montants figurant sur l'attestation d'employeur à l'intention des autorités de l'assurance-chômage et les montants figurant sur le certificat de salaire destiné à l'administration fiscale étaient différents, de même que la nature même des revenus que le recourant aurait perçus de la part de Y1\_\_\_\_\_. SA (salaire uniquement dans le premier cas et salaire + commissions, gratifications et provisions pour le second cas). De plus, aucun salaire n'avait été déclaré aux caisses de compensation. L'intimé a signalé que le recourant a exercé la fonction de responsable administratif et financier de la société Y1\_\_\_\_\_. SA et qu'en cette qualité il lui appartenait de payer les charges sociales, contrairement à ce qu'il soutenait. L'intimé a indiqué que l'administrateur de la société Y1\_\_\_\_\_. SA au moment où le recourant y aurait travaillé était Monsieur K\_\_\_\_\_, ami du recourant, qui a reconnu avoir exercé cette fonction en qualité d'homme de paille. L'intimé a considéré qu'il n'était pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante exigée par la jurisprudence que le recourant ait effectivement perçu un salaire pour son activité au sein de Y1\_\_\_\_\_. SA. La caisse a donc à tort retenu cette période comme période de cotisation. Elle a également à tort pris en compte le salaire déclaré par Y1\_\_\_\_\_. SA pour calculer le gain assuré du recourant lors de l'ouverture de son 4<sup>e</sup> délai-cadre d'indemnisation. Le gain assuré du recourant devait être fixé à 5'538.-, ce qui correspondait au salaire qu'il a perçu lors de son emploi temporaire cantonal du 4 janvier 1996 au 3 juillet 1996. En raison de la prescription, le remboursement ne peut être réclamé que pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998, pour une somme de 7'790 fr. 75.

19. Par décision du 21 juillet 2006, l'intimé a rejeté l'opposition du recourant interjetée le 20 septembre 2002, et a confirmé la décision de la caisse du 22 août 2002, portant sur la période du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000. Il a rappelé que le recourant, administrateur de la société Z\_\_\_\_\_. SA, n'avait jamais pu produire ni de fiches de salaire, ni relevés bancaires ou postaux. En outre, son activité auprès de cette société n'avait pas été annoncée aux caisses de compensation, de sorte qu'aucune cotisation sociale n'avait été prélevée pour la société Z\_\_\_\_\_. SA pour les années 1998 et 1999. L'intimé a considéré que l'existence d'une activité soumise à cotisation auprès de Z\_\_\_\_\_. SA n'était pas établie, raison pour laquelle le recourant ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisations lors du dépôt de sa demande d'indemnité le 1<sup>er</sup> octobre 1999. Par conséquent, il a constaté que la caisse avait ouvert à tort un délai-cadre d'indemnisation au recourant et lui avait versé des indemnités de chômage du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000. Le recourant doit rembourser à la caisse les 240 indemnités de chômage perçues indûment, soit la somme de 57'463 fr. 70.
20. En date du 10 septembre 2006, le recourant a interjeté recours auprès du Tribunal contre la décision du 20 juillet 2006. Il a signalé ne conserver les documents que pendant cinq ans. Par conséquent, il ne possédait que les documents depuis 1999. Il

a indiqué que "s'il y a eu erreur dans le calcul du gain assuré entre le salaire obtenu auprès de Y1\_\_\_\_\_. SA et celui obtenu lors de mon emploi temporaire, cette erreur a été commise par la caisse de chômage. Donc, elle ne peut pas m'être imputée". De plus, il a relevé que "l'OCE fait l'amalgame entre un arrêt du TCAS du 5 octobre 2005 annulant la décision du groupe réclamations du 17 juin 2004 et la décision de la caisse du 11 juillet 2002 d'une part, et leur décision du 20 juillet 2006".

21. En date du 11 septembre 2006, le recourant a également recouru auprès du Tribunal contre la décision du 21 juillet 2006. Il a indiqué que le Groupe réclamations de l'OCE n'a fait que reprendre des arguments déjà développés avant l'arrêt du TCAS du 5 octobre 2005. Dès lors, il s'est posé la question de savoir si la décision du Groupe réclamations de l'OCE ne devrait pas être qualifiée de téméraire.
22. Dans ses réponses du 10 et 16 octobre 2006, l'intimé a déclaré maintenir ses décisions, car le recourant n'avait pas apporté d'éléments nouveaux dans son recours.
23. Par ordonnance du 19 octobre 2006, le Tribunal a ordonné la jonction des causes sous n°A/3277/2006, et a transmis au recourant les courriers de l'OCE des 10 et 16 octobre 2006.
24. Le Tribunal a également ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 12 décembre 2006. A cette occasion, le recourant a déclaré ce qui suit:

"Sur question j'indique que la raison pour laquelle j'ai domicilié à mon adresse les 15 sociétés mentionnées dans la déclaration auprès de l'Office de la main d'œuvre étrangère (pièce OCE n°9) c'est qu'à cette époque j'acceptais toute sorte de travaux et j'ai notamment pris des mandats de domiciliation de sociétés pour lesquelles je touchais une indemnité de 500 fr.- par an.

Pour résumé, j'ai eu un statut mixte d'indépendant et de salarié depuis 1998 et ce jusqu'à fin 2000 où je suis devenu indépendant à temps plein."

La responsable de l'OCE a indiqué ne pas avoir été au courant des activités d'indépendant du recourant. Pour l'activité auprès de Z\_\_\_\_\_ SA en qualité d'administrateur, il appartenait au recourant de les déclarer à la caisse de compensation.

Par ailleurs, elle a expliqué que pour la première période de restitution, du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998, le droit à l'indemnité reste reconnu, car le recourant avait suffisamment de mois de cotisations par le biais d'un emploi temporaire. C'est en revanche le salaire qu'il aurait perçu de Y1\_\_\_\_\_. SA qui a été exclu du calcul du gain assuré au motif que l'activité salariée n'a pas été établie.

S'agissant de la deuxième période de restitution du 31 octobre 1999 au 31 août 2000, l'OCE a nié rétroactivement le droit à l'indemnité du recourant au motif que l'activité salariée auprès de Z\_\_\_\_\_ SA n'était pas établie. La responsable de l'OCE a produit une copie de l'attestation de l'employeur et de la résiliation du contrat de Z\_\_\_\_\_ SA.

Le recourant a expliqué, d'une part, qu'il ne disposait plus, vu le temps écoulé, des documents fiscaux et administratifs propres à établir qu'il avait bien perçu des salaires de ces entreprises, d'autre part, que son conseiller en personnel de l'époque était au courant de son activité d'indépendant débutante. Il lui avait expliqué qu'il informerait les offices concernés et que le chômage pouvait l'aider dans cette voie. Il lui avait également conseillé de s'inscrire en tant qu'indépendant à la caisse de compensation pour pouvoir retirer son deuxième pilier.

La responsable de l'OCE a observé cependant qu'en 1998, le recourant n'avait pas obtenu le droit aux indemnités lors de sa réinscription et a trouvé quelques semaines plus tard l'activité auprès de Z\_\_\_\_\_ SA.

Le recourant a souhaité avoir un délai pour déposer au Tribunal ses offres de preuve. La responsable de l'OCE a signalé que son office avait l'intention de déposer une plainte pénale contre le recourant pour escroquerie à l'assurance. A l'issue de l'audience, un délai au 19 janvier 2007 a été accordé aux parties pour offres de preuve et/ou déterminations.

25. Par courrier du 18 janvier 2007, l'intimé a indiqué qu'il maintenait sa position concernant ses décisions du 20 et 21 juillet 2006. De plus, il s'est demandé si le recours interjeté par le recourant ne devait pas être qualifié de téméraire.
26. Par pli du 29 janvier 2007, le Tribunal a transmis cette écriture au recourant, et a gardé la cause à juger.

### **EN DROIT**

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> 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.

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 de la loi fédérale 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.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 l'espèce, l'OCE a certes rendu ses décisions le 20 et 21 juillet 2006, mais les faits juridiquement déterminants remontent à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA. Par conséquent, la LPGA n'est pas applicable au cas d'espèce. Pour les mêmes motifs, les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI (RO 2003 1728), de même que celle de l'OACI modifiées le 28 mai 2003 (RO 2003 1828), entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003, ne sont pas non plus applicables.

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 1<sup>er</sup> 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. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable, conformément aux art. 56, 59 et 60 LPGA.
4. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de remboursement d'un montant de 65'224 fr. 25 réclamé au recourant à titre de restitution d'indemnités perçues à tort du 1<sup>er</sup> juillet 1997 au 3 juillet 1998, et du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000.
5. a) Selon l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14).  
  
b) Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant six mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

Par activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, il faut entendre toute activité de l'assuré, destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisations pendant la durée d'un rapport de travail (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], tome I, note 8 ad art. 13 LACI, p. 170). En ce qui concerne la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait effectivement exercé une activité salariée soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation (cf. arrêt Z. du 9 mai 2001, C 279/00; DTA 2001 p. 225 et les arrêts postérieurs).

Dans l'ATF 131 V 444, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) précise que cette jurisprudence ne doit pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé. Certes, si on a la preuve qu'un salaire a bel et bien été versé, cela constitue un indice qu'une activité salariée a été effectivement exercée, mais il ne s'agit pas d'une preuve décisive. Sont des indices une attestation de l'employeur, une feuille de paie, une déclaration fiscale, ainsi qu'un relevé d'un compte individuel. De même, il n'est pas exigé que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du salarié, en sa qualité d'organe participant à la procédure de perception des cotisations (voir également ATF 113 V 352; ATFA non publié du 9 mai 2001, C 279/00, consid. 4a). Le TFA confirme dans cet arrêt (ATF 131 V 444) que l'élément essentiel pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation est l'exercice effective d'une activité salariée.

c) L'indemnité journalière à laquelle a droit alors l'assuré est fonction du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI).

En vertu de l'art. 23 al. 1 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 302). Il n'y a lieu de s'écarter de ce principe et se référer au salaire convenu par l'employeur et l'employé que dans des cas exceptionnels dûment justifiés, lorsqu'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second et qui en réalité ne serait pas ou pas totalement perçu par le travailleur (ATF 128 V 190 consid. 3a/aa; DTA 1995 n° 15 p. 81 consid. 2c). Un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et s'il n'a jamais fait l'objet d'une

---

contestation (ATFA non publié du 2 février 2005, C 182/04, consid. 2; DTA 1999 n° 7 p. 27, 1995 n° 15 p. 79).

d) Enfin, selon l'art. 95 LACI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, puis repris à l'art. 25 LPGA, la caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit (al. 1). Le droit de répétition se prescrit par une année après que l'organe qui a payé a eu connaissance des faits, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Lorsque le droit de répétition découle d'un délit pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 4).

6. Selon le principe de la libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux.

En ce qui concerne la preuve, 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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. 5a).

Certes, en droit des assurances sociales, le principe de la maxime d'office s'applique. Il n'est cependant pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2.1 et 412 ss consid. 3.2.2).

7. En l'espèce, il convient dans un premier temps d'examiner si le recourant a exercé une activité salariée du 1<sup>er</sup> mars 1995 au 31 août 1995 auprès de la société Y1\_\_\_\_\_. SA, de sorte que ce salaire doit entrer dans le calcul du gain assuré.

---

On constate tout d'abord que les montants figurant sur le document "attestation de l'employeur" du 7 août 1995 de Y1\_\_\_\_\_. SA et sur le certificat de salaire destiné à l'administration fiscale sont différents, de même que la nature même des revenus que le recourant aurait perçus de la part de Y1\_\_\_\_\_. SA. Dans le premier cas, il s'agit d'un salaire de 49'400 fr. uniquement et dans le second cas on distingue une partie qui correspond à un salaire de 28'200 fr., et l'autre partie à des commissions, gratifications et provisions, d'un montant de 22'500 fr. De plus, aucun salaire n'a été déclaré aux caisses de compensation, alors que le recourant aurait exercé la fonction de responsable administratif et financier de la société Y1\_\_\_\_\_. SA. Enfin, aucun versement de salaire n'a pu être prouvé. Ces indices ne sont pas suffisants pour conclure que le recourant a exercé effectivement une activité salariée. On rappellera que l'administrateur de la société Y1\_\_\_\_\_. SA, Monsieur K\_\_\_\_\_, était l'ami de celui-ci.

Malgré plusieurs délais qui lui ont été accordés, le recourant n'a apporté aucune preuve supplémentaire. Il n'a également pas offert de preuves dans le délai qui lui a été accordé expressément jusqu'au 19 janvier 2007 lors de l'audience de comparution du 12 décembre 2006. Par conséquent, après avoir apprécié les pièces du dossier, le Tribunal conclut qu'elles ne permettent pas de considérer hautement vraisemblable que le recourant a effectivement exercé une activité salariée au sein de cette société. Cette période ne devait donc pas être retenue comme période durant laquelle le recourant a effectivement exercé une activité salariée, et le salaire réalisé ne devait pas être pris en considération pour le calcul du gain assuré. Le recours sera rejeté sur ce point.

8. Dans un deuxième temps, il faut examiner si des indemnités ont été versées à tort durant la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000. Selon le recourant, il a exercé une activité salariée au sein de la société Z\_\_\_\_\_ SA du 3 août 1998 au 30 septembre 1999. Or, il ressort du rapport d'enquête du 28 mai 2002, que le recourant a été l'administrateur de la société Z\_\_\_\_\_ SA entre novembre 1998 et avril 2000. Le recourant a indiqué lors de l'audience de comparution avoir eu un statut mixte d'indépendant et de salarié depuis 1998 et ce jusqu'à fin 2000 où il est devenu indépendant à temps plein. Le Tribunal constate également dans ce cas que les pièces du dossier ne permettent pas de conclure qu'il a exercé une activité salariée, mais plutôt le contraire, à savoir qu'il était indépendant durant cette période et notamment dans son activité pour la société Z\_\_\_\_\_ SA. En outre, son activité auprès de cette société n'a jamais été annoncée aux caisses de compensation, de sorte qu'aucune cotisation sociale n'avait été prélevée pour la société Z\_\_\_\_\_ SA pour les années 1998 et 1999. Le Tribunal a fixé un délai au recourant pour déposer ses offres de preuves supplémentaires. Au terme de ce délai, le recourant n'a déposé aucune offre de preuves. La preuve stricte du versement d'un salaire n'est plus possible puisque les pièces n'existent plus. Quant aux indices, ils conduisent le Tribunal à exclure toute activité salariée pour la société Z\_\_\_\_\_ SA. Le délai-cadre pour la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 1999

au 31 août 2000 ne devait pas être ouvert, car les conditions de l'art. 13 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, n'étaient pas remplies.

Par conséquent, c'est à tort que la caisse lui a versé des indemnités du 1<sup>er</sup> octobre 1999 au 31 août 2000.

9. Au vu de ce qui précède, il en résulte que les décisions du groupe réclamations de l'OCE du 20 et 21 juillet 2006 sont fondées. Par conséquent, le recours doit être rejeté. Le droit à la remise est réservé, au sens des art. 25 LPGA et 50 OPGA.
10. A l'occasion de son recours, le recourant allègue que l'OCE aurait agi de façon téméraire, tandis que celui-ci se pose la même question, dans sa réponse du 18 janvier 2007, s'agissant du recourant.

On rappellera succinctement qu'agit par témérité ou légèreté la partie qui sait ou devrait savoir en faisant preuve de l'attention normalement exigible que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions ne sont pas conformes à la vérité. La témérité doit en outre être admise lorsqu'une partie viole une obligation qui lui incombe ou lorsqu'elle soutient jusque devant l'autorité de recours un point de vue manifestement contraire à la loi (ATF 124 V 287 consid. 3b, 112 V 334 consid. 5a et références citées). A l'évidence, tel n'est pas le cas s'agissant de l'OCE, la question pouvant être laissée ouverte s'agissant du recourant.

**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 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); 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 :

Yaël BENZ

Isabelle DUBOIS

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