REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/503/2007 **ATAS/599/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 30 mai 2007

En la cause

Monsieur K_____, domicilié c/o M. et Mme M_____, 1228 PLAN-LES-OUATES	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, Glacis-de-Rive 6, GENÈVE	intimé

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Florence BRUTSCH et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur K_____ s'est inscrit une première fois auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) en 1988. Depuis lors, l'intéressé a bénéficié de plusieurs délais-cadre d'indemnisation.

2. Le 7 mars 2002, l'intéressé a été entendu par le Service des enquêtes de la main-d'œuvre étrangère de l'OCE. Suite au rapport de ce dernier, l'OCE a soumis le dossier de l'intéressé à la Section assurance-chômage de l'OCE (ci-après SACH), en sa qualité d'autorité cantonale, afin d'examiner l'aptitude au placement de l'intéressé.

3. Par décision du 2 août 2002, la SACH a nié à l'intéressé le droit aux prestations de l'assurance-chômage pour la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2000 et dès le 2 janvier 2001. S'agissant du délai-cadre d'indemnisation courant du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2000, la SACH a estimé que l'attestation d'employeur établie au nom de X_____SA était un faux dès lors que la raison sociale de cette société avait été modifiée le 1er septembre 1998, et s'intitulait depuis lors Y_____ SA. D'autre part, l'attestation avait été signée par Monsieur M_____, qui n'avait pas qualité pour le faire selon les indications figurant au Registre du commerce. Quant au délai-cadre d'indemnisation courant dès le 2 janvier 2001, la SACH a considéré qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre l'incapacité de travail et l'absence d'activité soumise à cotisations dans la mesure où l'intéressé avait poursuivi ses activités d'administrateur durant ladite incapacité de travail.

4. La réclamation formée par l'intéressé contre cette décision a été rejetée par le Groupe réclamations de l'OCE en date du 28 janvier 2003, décision confirmée par la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, selon jugement du 22 mai 2003. Le recours de droit administratif interjeté par l'intéressé auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) a été rejeté par arrêt du 7 mars 2005.

5. Par décision du 25 juillet 2005, la Caisse de chômage UNIA (ci-après la Caisse) a réclamé à l'intéressé le remboursement de la somme de 72'728 fr. 25, représentant les indemnités de chômage indûment versées pour les périodes de janvier à mai 1999, mars à novembre 2000, janvier à juin 2001 et octobre 2001 à février 2002. L'intéressé a contesté cette décision le 5 août 2005 et, subsidiairement, a demandé la remise de l'obligation de restituer ce montant.

6. Par décision du 17 octobre 2005, la Caisse a rejeté l'opposition de l'intéressé et a confirmé la décision de restitution prononcée par la Caisse le 25 juillet 2005. Cette décision, non contestée, est entrée en force.

7. Par décision du 5 septembre 2006, l'OCE – section assurance-chômage a refusé à l'intéressé la remise de l'obligation de restituer, au motif qu'il ne remplissait pas la condition de la bonne foi. Il avait en effet enfreint l'obligation de renseigner et même induit astucieusement en erreur la Caisse afin de percevoir des indemnités de chômage.

8. L'intéressé a formé opposition en date du 20 septembre 2006, expliquant que depuis le début de la procédure, il avait toujours affirmé que le produit de ses mandats d'administrateur était des gains accessoires et non des gains intermédiaires et qu'il était un administrateur « homme de paille ». Il a également relevé qu'il avait un gros problème de santé et qu'il ne disposait d'aucun autre moyen que les revenus de ses mandats d'administrateur pour l'aider à vivre.

9. Par décision du 8 février 2007, l'OCE a rejeté l'opposition de l'intéressé, considérant que c'est sur la base d'informations fictives que la Caisse avait ouvert un délai-cadre d'indemnisation en sa faveur et qu'elle l'avait indemnisé. Il considère que l'intéressé a sciemment donné à la Caisse de faux renseignements afin de percevoir des indemnités de chômage et qu'il a tu des faits indispensables à l'examen de son droit.

10. L'intéressé interjette recours en date du 11 février 2007, exposant qu'il a été affilié auprès de l'AVS pour son activité auprès de la Société X_____SA et qu'il lui semblait logique de faire sa déclaration sous cette raison sociale et non pas sous Y_____ SA. S'agissant de la signature de Monsieur M_____, il expose qu'il lui avait délivré une procuration interne afin qu'il puisse signer l'attestation d'employeur, dès lors qu'il ne pouvait pas passer un contrat avec lui-même. Il persiste à considérer que ses mandats d'administrateur étaient des jetons de présence à considérer comme des gains accessoires et non pas des gains intermédiaires. Le recourant demande à être entendu par le Tribunal. Sur le fond, il a conclu à l'admission du recours, informant par ailleurs le Tribunal qu'il était incapable de rembourser une telle somme, avec un revenu imposable de 40'000 fr. pour 2005, une personne à charge et des actes de défaut de biens.

11. Dans sa réponse du 5 mars 2007, l'OCE a conclu au rejet du recours.

12. Le Tribunal de céans a convoqué les parties à une audience de comparution personnelle. Le 8 mars 2007, l'intéressé a communiqué au Tribunal copies d'une ordonnance pour des médicaments délivrée par son médecin ainsi que d'un bon pour effectuer une prise de sang. Il explique qu'il est suivi régulièrement par un médecin psychiatre pour sa maladie bipolaire.

13. Lors de l'audience de comparution personnelle qui s'est tenue en date du 21 mars 2007, le recourant a exposé qu'il a toujours été un homme de paille dans les sociétés qui l'ont employé, sauf dans l'entreprise en cause. Il connaît des problèmes de santé pour lesquels il a été hospitalisé en clinique psychiatrique et, depuis lors, il est suivi

par un médecin psychiatre. Il a expliqué qu'il se trouve actuellement dans une phase manique, euphorique. Concernant sa situation financière, il a déclaré qu'il perçoit des revenus provenant de jetons de présence et que plusieurs actes de défaut de bien ont été délivrés à son encontre. S'agissant de sa bonne foi, il s'est référé aux documents produits.

Les représentantes de l'OCE ont nié la bonne foi du recourant, se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 7 mars 2005. Elles ont rappelé à cette occasion que l'intéressé avait produit une pièce pour faire démarrer son premier délai-cadre qui était signée par une personne non autorisée.

Le recourant a expliqué que dans le cadre de la société X_____SA, il était effectivement administrateur et qu'à l'époque, les anciens formulaires de l'OCE ne posaient pas de question à propos du statut d'administrateur unique. Il avait fait signé le formulaire d'employeur par Monsieur M_____, qui s'occupait de la comptabilité. Il a admis que ce dernier ne possédait pas de droit de signature inscrit au Registre du commerce, mais en interne, il lui avait confié un tel droit. Il a rappelé que les charges sociales ont été payées sur les salaires qu'il a perçus et fait valoir qu'il n'a pas eu l'intention de percevoir indûment des indemnités de chômage.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. En vertu de l'art. 56V al. 1 let. a, ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (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 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 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. En principe, les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 446 sv. consid. 1.2.1, 127 V 467 consid. 1) ; les règles de procédure quant à elles s'appliquent 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).

   L'art. 82 al. 1 LPGA prévoit toutefois que les dispositions matérielles de la LPGA ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur.

En l'occurrence, la créance de la caisse en restitution des prestations allouées au recourant pour une période antérieure au 1er janvier 2003 n'a été fixée définitivement, sous réserve d'une remise de cette obligation, qu'avec l'entrée en force de la décision de la Caisse du 17 octobre 2005. La créance de la caisse n'était donc pas fixée avant l'entrée en vigueur de la LPGA, de sorte que l'art. 82 al. 1 LPGA n'est pas applicable. Par ailleurs, la jurisprudence valable sous l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 selon laquelle le point de savoir si l'assuré se trouve dans une situation difficile dépend de sa situation au moment où la décision de restitution est exécutoire est maintenant expressément prévue à l'art. 4 al. 2 de l'Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA). L'état de fait en novembre 2005 est ainsi déterminant pour statuer sur la remise de l'obligation de restituer les prestations versées au recourant, ce qui entraîne l'application de la législation en vigueur depuis le 1er janvier 2003 (cf. ATF du 20 janvier 2007 C/93/05 et la jurisprudence citée).

3. Interjeté dans les formes et délais prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. L'objet de la présente procédure consiste à déterminer si le recourant peut obtenir la remise de l'obligation de restituer le montant de 72'728 fr. 25, étant rappelé que la décision de restitution est entrée en force de chose jugée.

5. Selon l'art. 95 al. 1 LACI, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, sous réserve de cas particuliers relatifs à la restitution de l'indemnité en cas d'insolvabilité.

   Conformément à l'art. 25 al. 1 LPGA, 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. L'art. 5 al. 1 OPGA prévoit qu'il y a situation difficile lorsque les dépenses reconnues par la LPC et les dépenses supplémentaires au sens de l'al. 4 sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC. Sont prises en considération les dépenses supplémentaires suivantes : 8'000 fr. pour les personnes seules, 12'000 fr. pour les couples et 4'000 fr. pour chaque orphelin ou chaque enfant donnant droit à une rente pour enfant de l'AVS ou de l'AI (art. 5 al. 4 OPGA). Le moment où la décision de restitution est exécutoire est déterminant pour apprécier s'il y a une situation difficile (art. 4 al. 2 OPGA).

   La bonne foi de l'assuré lorsqu'il a perçu les prestations dont la restitution est exigée est une condition posée à la remise de l'obligation de restituer, aussi bien d'après les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 que d'après l'art. 25 al. 1 LPGA.

   En ce qui concerne la notion de bonne foi, la jurisprudence développée à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS (disposition qui était en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, ATF 129 V 4 consid. 1.2 et les arrêts cités) vaut par analogie en matière d'assurance-chômage (DTA 2001 n° 18 p. 162 consid. 3a). C'est ainsi que

l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut bien plutôt que le bénéficiaire des prestations ne se soit rendu coupable, non seulement d'aucune intention malicieuse, mais aussi 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 (ou violation de 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 (ATF 112 V 103 consid. 2c et les références; DTA 2003 n° 29 p. 260 consid. 1.2, 2002 n° 38 p. 258 consid. 2a, 2001 n° 18 p. 162 consid. 3a).

6. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que lors de son inscription à l'assurance-chômage le 4 janvier 1999 qui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation dès le 2 janvier 1999, le recourant a produit une attestation d'employeur établie le 22 décembre 1998 par la société X_____SA selon laquelle il avait travaillé du 1er janvier 1998 au 31 décembre 1998 en qualité de responsable des ressources humaines pour un salaire mensuel brut de 7'480 fr. Or, le Service des enquêtes a découvert par la suite que cette société, domiciliée à Vernier, avait été radiée du Registre du commerce en date du 1er septembre 1998, date à laquelle elle fut réinscrite sous la raison sociale Y_____ SA, selon statuts du 26 août 1998. La faillite de cette société a été prononcée le 26 janvier 1999 par jugement du Tribunal de première instance du 26 janvier 1999, date à laquelle elle est entrée en liquidation. De surcroît, le recourant a été inscrit comme administrateur unique de X_____SA dès le 18 mai 1998, au bénéfice d'une signature individuelle, et il l'est demeuré par la suite sous la raison sociale de Y_____ SA. Les enquêtes ont également révélé que l'attestation d'employeur du 22 décembre 1998 avait été signée par Monsieur Jean-Marie M_____, qui n'avait pas qualité pour représenter la société à l'égard des tiers.

   Le recourant l'admet, mais soutient qu'il a dû procéder ainsi, car il ne lui était pas possible de signer un contrat avec lui-même. Il fait valoir que Monsieur M_____ est un ami, qu'il s'occupait de la comptabilité et qu'il lui avait donné, en interne, la signature. Ces arguments ne résistent pas à l'examen. Il apparaît au contraire qu'il avait parfaitement conscience, d'une part que la société X_____SA n'existait plus, d'autre part, que s'il avait signé lui-même l'attestation d'employeur, cela aurait inévitablement attiré l'attention des organes de l'assurance-chômage qui n'auraient pas manqué de vérifier la nature réelle de l'activité exercée par le recourant ainsi que ses liens avec la société.

   Le Tribunal de céans considère qu'en l'occurrence, le recourant a délibérément communiqué aux organes de l'assurance-chômage des renseignements inexacts et fait établir un faux document afin de percevoir des indemnités de chômage.

Il résulte par ailleurs du rapport d'enquêtes que le recourant n'a pas annoncé à l'assurance-chômage qu'il était administrateur de nombreuses autres sociétés, ni les honoraires qu'il percevait (37'000 fr., pour l'année 2002), de sorte qu'il a été libéré à tort des conditions relatives à la période de cotisations et indemnisé à nouveau dès le 2 janvier 2001.

Le recourant conteste avoir été de mauvaise foi, au motif que les honoraires d'administrateur étaient des gains accessoires qui n'avaient pas à être pris en compte comme gains intermédiaires par le chômage.

Certes, la CRAC avait admis, par jugement du 14 mars 1996, que les gains du recourant tirés ses activités accessoires d'administrateurs étaient des gains accessoires qui ne pouvaient pas être pris en compte pour calculer la perte de gain, attendu qu'en parallèle il avait exercé des emplois à plein temps. Il y a lieu cependant de relever que dès 1995, l'activité principale du recourant consistait à assumer des mandats d'administrateurs pour plus de vingt sociétés et que la prétendue activité salariée exercée pour la société X_____SA était en réalité un emploi fictif. Le fait qu'il est en réalité un administrateur « homme de paille » n'y change rien et ne le dispensait pas d'annoncer ces activités. En ne déclarant pas les gains qu'il percevait des ses multiples mandats d'administrateur, le recourant a commis à tout le moins une négligence qui doit être qualifiée de grave.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le recourant a caché des éléments déterminants aux organes de l'assurance-chômage, de sorte que la bonne foi ne peut être admise. Partant, le recourant ne peut obtenir la remise de l'obligation de restituer.

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

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 :
Sylvie CHAMOUX	Juliana BALDE

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