REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/580/2007 **ATAS/1353/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 28 novembre 2007

En la cause

Monsieur L_____ recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE DU SIT, sise rue des Chaudronniers 16, GENEVE intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur L_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a travaillé dès août 2002 en tant qu'agent de sécurité auprès de 'X_____ayant pour but la surveillance, la protection de biens et de personnes ainsi que toutes activités liées.

2. Le 31 août 2004, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat pour concurrence déloyale.

3. Le 3 septembre 2004, l'assuré a déposé une demande d'indemnité de l'assurance-chômage auprès de la Caisse du SIT (ci-après : la Caisse). Il y a indiqué qu'il n'exerçait pas de fonction dirigeante.

4. L'assuré était inscrit au Registre du commerce (ci-après : RC) en tant que directeur de HPS HIGH PROTECTION & SECURITY SERVICES SA (ci-après : HPS SA ou la société), avec signature individuelle, depuis le 5 août 2003. Cette société a pour but, notamment, l'exploitation d'une agence de sécurité et d'investigations privées, la protection de personnes ainsi que de biens mobiliers et immobiliers, les activités de transport de fonds et valeurs, les installations d'alarmes, les services de limousines et activités y relatives.

5. La Caisse a exigé de l'assuré sa radiation du RC pour lui reconnaître le droit à une indemnité de chômage.

6. Le 10 septembre 2004, l'assuré a informé Monsieur Patrick ERAERS, administrateur de HPS SA depuis le 5 août 2003, qu'il démissionnait avec effet immédiat de ses fonctions de directeur de la société et lui a demandé de faire le nécessaire pour être radié du RC dès que possible.

7. Dans une attestation du 10 septembre 2004, Monsieur Patrick ERAERS, directeur de COMSERVICE SA, a certifié en tant que fiduciaire de HPS SA que cette dernière n'avait réalisé aucun chiffre d'affaires depuis la date de sa création et que l'assuré n'avait perçu aucune rémunération en tant que directeur de la société.

8. Le 14 septembre 2004, l'assuré a été radié du RC.

9. La Caisse lui a alloué une indemnité de chômage du 3 septembre 2004 au 23 mars 2006.

10. Le 25 février 2005, l'assuré a de nouveau été inscrit au RC en tant que directeur de HPS SA avec signature individuelle.

11. En février 2005, l'épouse de l'assuré a été engagée par HPS SA en tant que secrétaire jusqu'à la fin mars 2006, date à laquelle elle a été licenciée pour des raisons budgétaires.

12. Lors de l'inscription au chômage de l'épouse de l'assuré, le 1er avril 2006, la Caisse a constaté que l'assuré était réinscrit au RC comme directeur de HPS SA aves signature individuelle.

13. Dans un courrier du 28 avril 2006 adressé à la Caisse, Monsieur David PAPAUX, administrateur de HPS SA depuis le 18 avril 2006, a attesté que l'assuré ne travaillait pas au sein de la société, qu'il n'était pas son salarié, qu'il n'avait aucun pouvoir dans la société et qu'il n'avait eu aucun contact professionnel dans les locaux de HPS SA avec son épouse durant la période d'activité de celle-ci. Il a expliqué que l'assuré était enregistré au RC pour des raisons professionnelles externes concernant uniquement la clientèle qui était à majorité arabe.

14. La Caisse ayant contesté le droit à l'indemnité de chômage de l'épouse de l'assuré au motif que ce dernier était directeur de HPS SA avec signature individuelle, l'assuré a été radié du RC sur sa propre demande, le 7 juin 2006, pour permettre à son épouse de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage.

15. Par décision du 4 août 2006, la Caisse a nié le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance-chômage du 25 février 2005 au 7 juin 2006 et lui a réclamé la restitution des indemnités versées du 25 février 2005 au 23 mars 2006 représentant un montant de 45'639 fr. 25. Elle a considéré que l'inscription de l'assuré au RC en tant que directeur de HPS SA témoignait d'une fonction analogue à celle d'un employeur de sorte qu'il pouvait influencer de manière déterminante les décisions de la société.

16. Le 10 novembre 2006, l'assuré a été réinscrit au RC en tant que directeur de HPS SA avec signature individuelle.

17. Par décision sur opposition du 16 janvier 2007, consécutive à l'opposition du 11 septembre 2006, la Caisse a confirmé sa position et a considéré que l'assuré n'avait apporté aucun élément nouveau.

18. Par acte du 15 février 2007, l'assuré a recouru contre ladite décision sur opposition auprès du Tribunal de céans. Il a conclu à l'octroi d'indemnités de chômage du 25 février 2005 au 23 mars 2006 et à la reconnaissance de son droit aux indemnités de chômage. Le recourant a allégué qu'il était inscrit au RC en tant que directeur de HPS SA avec signature individuelle alors même qu'il n'avait nullement cette fonction au sein de l'entreprise dont il n'était pas salarié. Il a exposé que cette inscription avait pour but de favoriser la conclusion d'un contrat important pour une durée de plusieurs années en raison de ses relations avec le monde arabe. Il a reproché à l'intimée de ne pas avoir tenu compte de la notion matérielle d'organe dirigeant, seule déterminante, et de ne pas avoir examiné les circonstances concrètes pour examiner l'étendue de son pouvoir de décision. Il a allégué qu'il n'avait pas pu influencer le processus de décision de l'entreprise, puisqu'il n'avait eu, ni pouvoirs dans l'entreprise dont il n'était pas l'ayant droit économique, ni contacts avec les employés. Il a invoqué une absence de motivation de la décision

quant à son refus de tenir compte des pièces produites et une violation de son droit d'être entendu au motif que l'intimée avait écarté des déclarations de tiers sans les avoir entendus.

19. Le Tribunal de céans a imparti un délai à l'intimée au 16 mars 2007 pour faire parvenir sa réponse et son dossier, puis, devant l'inaction de l'intimée, il a prolongé ce délai au 5 avril 2007.

20. Le 10 avril 2007, l'intimée s'est bornée à envoyer les pièces qui ont fondé ses décisions.

21. Le Tribunal de céans a procédé à une comparution personnelle des parties qui a eu lieu le 30 mai 2007. L'intimée ne s'est pas présentée.

    Le recourant a déclaré : « Je confirme avoir été réinscrit au RC comme directeur de la société HPS SA à la demande de l'administrateur, Monsieur PAPAUX. J'explique que la société a une clientèle arabe qui ne connaît que moi. Monsieur PAPAUX m'a conféré la signature individuelle, car souvent la clientèle arabe veut signer le contrat immédiatement. J'explique aussi que j'étais agent de sécurité et, dans ce cadre, j'avais connu beaucoup de clients arabes. Je devais donc amener des clients à la société et percevoir une commission sur les contrats. Je n'étais pas salarié de la société, je n'avais pas de contact avec le personnel et je n'ai jamais touché de commission. Sur question, j'indique que je ne sais pas combien de salariés comptait la société. Je crois savoir que l'administrateur avait quelques agents de sécurité. En réalité, je n'ai pas amené de clientèle à la société. Je connais le Consul de la mission d'Arabie Saoudite; c'est par l'intermédiaire de ce dernier que je pensais obtenir des clients pour la société. C'est toujours en attente. Je n'ai donc pas encore pu amener de client à la société. HPS SA avait une adresse dans des locaux à la rue de Candolle; actuellement, elle est au 12 chemin Adolphe-Pasteur, mais n'a pas de locaux; c'est une adresse à mon domicile. Je précise que la société n'a pas d'activité régulière. Elle emploie de temps à autre des agents de sécurité auxiliaires. Je ne sais pas qui les engage. Je sais que Monsieur PAPAUX a des agents d'affaire. Je n'ai jamais signé de contrat d'engagement pour un agent de sécurité auxiliaire. Je ne sais pas si une comptabilité est tenue (…). Je suis resté inscrit comme directeur car j'ai l'espoir, selon ce que m'a dit le Consul de la mission d'Arabie Saoudite, qu'un contrat sera signé avec la société HPS SA d'ici la fin de l'année. Ce contrat rapporterait beaucoup. Ces contrats sont signés pour une durée de trois à cinq ans. Ces contrats rapportent parce qu'ils exigent la présence de trois à quatre agents la nuit et plusieurs la journée. C'est une présence de 24 heures sur 24. Si un tel contrat est signé, Monsieur PAPAUX m'a promis de m'engager et de me salarier. A ce moment-là, je gagnerais entre 7'000 et 8'000 francs par mois. Actuellement, selon Monsieur PAPAUX, la société est "limite". Il attend également d'autres choses. Sur question, je ne connais pas l'actionnaire unique de la société Monsieur HAMDANI. Je ne l'ai jamais rencontré. Je ne sais pas s'il vient à Genève.

Je possède un permis de conduire pour les limousines. Je travaille actuellement avec des sociétés de limousines et des privés. J'établis un décompte annuel de mes recettes que j'envoie à l'AVS. Le chômage m'avait dit que je devais être radié du RC pour pouvoir toucher les indemnités de chômage. Après, la personne au guichet m'a dit que je pouvais faire ce que je voulais. J'ignorais qu'il y avait un lien entre le droit aux indemnités et le fait d'être inscrit au RC. Pour moi, tant que je ne touchais rien, cela n'avait pas d'importance. »

Sur quoi, la suite de la procédure a été réservée.

22. Le 30 mai 2007, le Tribunal de céans a communiqué le procès-verbal de cette audience à l'intimée.

23. Le Tribunal de céans a ouvert des enquêtes. Lors de l'audience du 11 juillet 2007 à laquelle l'intimée ne s'est pas présentée, Monsieur PAPAUX a déclaré : Je confirme être le seul administrateur de la société HPS SA à Genève, au bénéfice d'une signature individuelle. J'étais le seul salarié de la société. Pour le surplus, HPS employait des auxiliaires. C'est moi-même qui les engageais. En août 2006, au vu de la situation financière de la société, j'ai dû cesser d'être salarié. Je suis en revanche resté administrateur de cette société, dans l'attente de jours meilleurs. Je connais Monsieur L_____ depuis plusieurs années. Au vu des contacts qu'il possède sur la place de Genève, dans le monde arabe, je lui ai demandé de devenir directeur de la société, ce qu'il a accepté. Dans la mentalité arabe, les négociations sont longues avant d'aboutir à un contrat, mais la signature doit se faire rapidement. J'explique aussi que les Arabes souhaitent négocier avec une personne qui a un pouvoir apparent dans la société. Personnellement, je ne parle pas l'arabe. Monsieur L_____ n'a pas touché de salaires. Il venait dans la société uniquement pour les négociations. Je précise à cet égard que la société n'a jamais eu de locaux. Elle est domiciliée chez Monsieur L_____, 12, ch. Adolf-Pasteur. Monsieur L_____ n'a encore pas touché de commissions, car nous n'avons pas encore signé de contrat. J'explique que sur une année, j'ai engagé une dizaine d'auxiliaires pour des missions de courtes durées. Sur question, j'indique que Monsieur L_____ ne connaît pas les auxiliaires en question, à ma connaissance. Il ne s'occupe pas des questions salariales, ni des questions relatives à la situation financière de la société. Ce sont des domaines qui ressortent de mes compétences (…). La femme de Monsieur L_____ a travaillé pour le compte de la société, en qualité de secrétaire pendant un an à plein temps. C'est moi qui l'avais engagée. Sur question, j'indique que la raison pour laquelle la société est domiciliée chez Monsieur L_____ tient au fait qu'il était plus facile pour moi que le courrier parvienne directement chez Monsieur L_____, puisque sa femme fonctionnait en tant que secrétaire. La société n'a pas les moyens de payer des locaux (…). Il est exact que l'on peut dire que Monsieur L_____ déploie une activité d'apporteur d'affaires. Pour la prise de décisions relatives au fonctionnement de la société, je ne consulte pas M. L_____, ni sa femme, je me réfère uniquement à Monsieur HAMDANI. ».

Pour sa part, Madame L_____ a déclaré : « Je confirme avoir été engagée par Monsieur PAPAUX, administrateur de la société HPS comme secrétaire, en février 2005 (…). La société HPS est domiciliée chez moi. Je m'occupais du courrier, du classement, du traitement des offres, du fax. Je ne me suis pas occupée du décompte des salaires des auxiliaires engagées par Monsieur PAPAUX. (…). Je précise toutefois que mon mari n'a aucun pouvoir au sein de la société, il n'a pas perçu de salaire. Il a été inscrit comme directeur parce qu'il a de nombreux contacts avec des personnes très riches provenant du Moyen-Orient. L'administrateur lui a promis que s'il apportait un contrat, il l'engageait comme fixe. Mon mari est chargé de mener des négociations avec des clients potentiels arabes afin de décrocher un contrat. Je n'en connais toutefois pas les détails. Il n'a pas encore touché de commission pour cette activité. Lorsque je travaillais, je recevais des instructions uniquement de Monsieur PAPAUX ».

Sur quoi, le Tribunal de céans a octroyé aux parties un délai au 31 juillet 2007 pour faire part de leurs éventuelles observations après enquêtes.

24. Les parties n'ont pas présenté d'observations et, le 15 août 2007, le Tribunal de céans les a informées qu'il gardait la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (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, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, de même que les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3ème révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003, sont applicables en l'espèce dès lors que la demande de prestations est postérieure au 1er juillet 2003 (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Cela étant, les notions et les principes développés jusqu'alors par la jurisprudence en matière de droit à l'indemnité de chômage et de restitution n'ont pas été modifiés par l'entrée en vigueur de la LPGA ou de la 3ème révision de la LACI (voir ATF 130 V 343 consid. 3).

3. Le recours a été formé en temps utile, le 15 février 2007, dans le délai de trente jours (art. 60 al. 1 LPGA) courant du 19 janvier au samedi 17 février 2007, respectivement au lundi 19 février 2007 (cf. art. 38 al. 1 et 3 LPGA; art. 17 al. 3 de

la loi cantonale genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA) en liaison avec les art. 1er et 6 al. 1 let. b LPA. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

4. Le litige porte sur l'obligation du recourant de restituer la somme de 45'639 fr. 25 au titre d'indemnités versées à tort du 25 février 2005 au 23 mars 2006. En revanche, son droit à l'indemnité de chômage sans précision de date sort de l'objet de la présente contestation, déterminée par la décision de restitution litigieuse, si bien qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les conclusions du recourant y relatives (cf. ATF 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées).
5. En vertu de l'art 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant, notamment, qu'il remplisse les conditions relatives à la période de cotisation ou qu'il en soit libéré.

   Selon la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou d'influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234).

   Le but de l'art. 31 al. 3 LACI est de prévenir les abus tels qu'auto-délivrance des attestations nécessaires à l'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail, certificats de complaisance, caractère incontrôlable de la perte de travail réelle, notamment co-décision ou co-responsabilité dans la marche des affaires en particulier chez les travailleurs ayant une participation dans la société ou toute autre participation financière dans une fonction dirigeante (cf. ATF 123 V 234 consid. 7b/bb, ATF 120 V 521; bulletin MT/AC 2003/4 fiche 4/1). Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA non publié du 14 avril 2003, C 92/02, consid. 4).

   La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle d'un employeur, quitte définitivement l'entreprise en

raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même quand l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2003 n° 22 p. 241 consid. 2).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur. (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; DTA 2003 n° 22 p. 242 consid. 4).
Il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2).

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 ss 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).

6. Le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la procédure et une faculté de la partie, en rapport avec sa personnalité, de participer au prononcé de décisions qui lèsent sa situation juridique (ATF 124 V 180 consid. 1a). La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu, découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que l'intéressé puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b et les références). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et les arrêts cités).

   Pour répondre aux exigences de motivation, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuves et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 123 I 31 consid. 2c; 122 IV 8 consid. 2c; 121 I 54 consid. 2c; 119 Ia 264 consid. 4d; 117 Ib 64 consid. 4 p. 86). L'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de la cause à juger (ATF 111 Ia 2 consid. 4b). Il y a cependant violation du droit d'être entendu si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et traiter les problèmes pertinents (ATF 126 I 102 consid. 2b, 124 V 181, consid. 1a, 122 IV 14 consid. 2c et les références). Au demeurant, sauf exception, l'absence de motivation ou le caractère lacunaire de la décision n'entraîne pas sa nullité (MOOR, Droit administratif, vol. II, 2ème éd., Berne 2002, n° 2.3, p. 305 ss).

   Toutefois, la violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au

demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 I 72, 126 V 132 consid. 2b et les références).

7. Le recourant allègue qu'il n'a aucun pouvoir de décision dans la société et que son inscription au RC en tant que directeur avec signature individuelle a pour seul but de permettre qu'une personne de langue arabe puisse signer rapidement le contrat escompté avec un riche client du Moyen-Orient. Il invoque une violation de son droit d'être entendu au motif que l'intimée n'a pas tenu compte des attestations signées par des tiers sans entendre lesdits tiers et qu'elle n'a donné aucune explication quant à son refus de prendre en considération lesdites attestations.

   Pour sa part, l'intimée considère que le recourant, de par son inscription au RC en tant que directeur, a une position dominante dans la société lui permettant d'influencer de manière déterminante les décisions de HPS SA.

   Etant donné que le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu, à titre préalable, il y a lieu d'examiner ce grief.

   En l'espèce, dans sa décision sur opposition du 16 janvier 2007, l'intimée s'est bornée à rappeler pourquoi elle demandait la restitution des prestations en considérant que l'assuré n'apportait aucun élément nouveau dans son opposition. Auparavant, dans sa décision du 4 août 2006, elle a fait état des deux attestations produites, l'une émanant du recourant lui-même et l'autre de l'administrateur. Dans la partie en droit de ladite décision, elle a considéré que l'inscription au RC témoignait de l'occupation par l'assuré dans la société d'une fonction analogue à celle d'un employeur. En conséquence, implicitement, elle a estimé que cette seule inscription justifiait sa décision sans que les attestations produites ne permissent de modifier sa position.
   Quoiqu'en dise le recourant, les décisions qui lui ont été notifiées, considérées dans leur ensemble, exposent de manière suffisante pourquoi son droit à des indemnités de chômage a été nié pendant la période litigieuse. Il découle de ce qui précède qu'il n'y a pas eu de violation du droit à une décision motivée et que le contenu des décisions reçues par le recourant était suffisant pour lui permettre d'en évaluer la portée et d'exercer son droit de recours à bon escient.

   Par ailleurs, le fait que l'intimée n'ait pas entendu les auteurs des attestations produites ne constitue pas une violation du droit d'être entendu, car ce dernier découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219; 122 II 464 consid. 4c p. 469), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATFA non publié du 2 septembre 2005, I 178/05, consid. 1.2). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier

son opinion (cf. ATF 125 I 417 consid. 7b, ATF 122 II 469 consid. 4a, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. c et la référence).

En revanche, ni dans sa décision du 4 août 2006, ni dans celle du 16 janvier 2007, l'intimée n'a examiné si les conditions de l'art. 25 LPGA concernant la restitution sont réalisées, notamment celles permettant la reconsidération ou la révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA ce qui représente une violation du droit d'être entendu du recourant puisqu'elle n'a pas traité un problème pertinent. En effet, comme par le passé, l'obligation de restituer suppose aujourd'hui encore, conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 1 aLAVS ou de l'art. 95 aLACI (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 2b, 122 V 21 consid. 3a, 367 consid. 3, et les arrêts cités) que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 319 consid. 5.2). Toutefois, le Tribunal de céans dispose d'une pleine cognition et applique le droit d'office de sorte que la position du recourant n'a pas été gravement compromise par cette omission. En conséquence, il faut admettre que, de cette façon, l'atteinte antérieure au droit d'être entendu du recourant peut être réparée sans violer ses droits constitutionnels comme l'admet la jurisprudence, à titre exceptionnel (cf. ATF 124 V 180 consid. 4a).

8. Le recourant prétend que, bien qu'il était inscrit au RC en tant que directeur avec signature individuelle, il n'avait aucun pouvoir de décision.

En l'espèce, d'après le RC, le recourant est toujours directeur de la société avec signature individuelle. Vis-à-vis des tiers et de l'assurance-chômage, il apparaît ainsi toujours comme un dirigeant de la société habilité à la représenter, d'autant plus qu'il a toujours le pouvoir de signature individuelle. Cette circonstance permet déjà, à elle seule, d'exclure le droit du recourant aux indemnités de chômage. En effet, l'inscription de l'assuré au RC (comme organe de la société) constitue un critère aisément vérifiable et important pour déterminer si une personne ayant une position assimilable à celle d'un employeur a droit à l'indemnité de chômage (ATFA non publié du 20 janvier 2006, C 207/04, consid. 3.3).

Par ailleurs, plusieurs éléments parlent en défaveur de la thèse du recourant. Tout d'abord, l'attestation du 10 septembre 2004 indiquant que HPS SA n'avait réalisé aucun chiffre d'affaires depuis sa création et que le recourant n'avait touché aucun salaire en tant que directeur de la société émane de la fiduciaire COMSERVICE SA et elle est signée par Monsieur ERAERS qui n'était autre que l'administrateur de HPS SA. Or, selon l'inscription au RC de l'époque, l'organe de révision de la société était CF COMPAGNIE FIDUCIAIRE DE GESTION SA et non pas COMSERVICE SA. Par conséquent, la contradiction entre le RC et l'attestation de ce témoin sur l'identité de l'organe de révision alliée au cumul des fonctions

d'administrateur et de réviseur permet de douter fortement de la véracité des faits attestés par l'ancien administrateur.

Ensuite, le témoignage de Monsieur PAPAUX comporte de nombreuses contre-vérités permettant de douter de sa crédibilité. Ainsi, lors de son audition par le Tribunal de céans, le témoin a déclaré qu'il avait engagé l'épouse du recourant. Or, celle-ci a travaillé dans la société de février 2005 à fin mars 2006, alors que Monsieur PAPAUX n'était pas encore administrateur de HPS SA puisqu'il n'a été inscrit dans cette fonction au RC que le 18 avril 2006, à savoir une fois que l'épouse du recourant avait déjà été licenciée. Par ailleurs, dans l'attestation du 28 avril 2006, le témoin a affirmé que le recourant n'avait eu aucun contact professionnel dans les locaux de la société avec son épouse durant la période d'activité de celle-ci, puis lors de son audition, il a déclaré que l'assuré venait dans la société uniquement lors des négociations. Or, depuis le 25 février 2005, HPS SA est domiciliée à la même adresse que celle du recourant de sorte qu'on ne voit pas très bien comment l'épouse du recourant aurait pu exercer son travail à son domicile sans être en contact - professionnel ou non - avec son mari, ni comment le recourant venait dans la société uniquement lors des négociations puisque HPS SA n'a pas de locaux mais une adresse au domicile de l'assuré de sorte que ce dernier y est présent en permanence et pas seulement lors des négociations. Par ailleurs, les explications du témoin quant à la justification de la domiciliation de la société chez le recourant ne sont pas crédibles. En effet, depuis le 1er avril 2006, l'épouse de l'assuré n'est plus employée de la société de sorte qu'on ne voit pas pourquoi HPS SA reste néanmoins domiciliée chez le recourant à moins que celui-ci et son épouse aient une influence sur son fonctionnement.

De plus, lors de son audition par le Tribunal de céans, Monsieur PAPAUX a prétendu qu'il avait demandé au recourant de devenir directeur de la société au vu des contacts qu'il possédait sur la place de Genève avec le monde arabe. Or, cette déclaration est contredite par l'inscription du recourant au RC en tant que directeur de HPS SA du 5 août 2003 au 14 septembre 2004, puis du 25 février 2005 au 7 juin 2006, alors que Monsieur PAPAUX n'a été inscrit au RC en tant qu'administrateur de HPS SA que le 18 avril 2006, soit bien après les deux premières inscriptions du recourant au RC. Par conséquent le témoin n'a pas pu demander au recourant de devenir directeur de la société puisqu'il l'était déjà. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi, le recourant aurait dû être inscrit au RC en tant que directeur uniquement en raison de ses contacts à Genève avec le monde arabe. En effet, si cette inscription n'avait pour but que de permettre une signature immédiate de contrat avec une personne parlant l'arabe, l'administrateur aurait pu se faire accompagner par le recourant lors d'une telle négociation sans que ce dernier ne doive être inscrit au RC. Par conséquent, la thèse du recourant, selon laquelle son inscription au RC en tant que directeur était purement fictive et a été faite sur demande du témoin n'est pas vraisemblable. Au contraire, les inscriptions du recourant à trois reprises au RC en tant que directeur dénotent une réelle volonté de maintenir des contacts

avec la société ce que le recourant a d'ailleurs confirmé en expliquant qu'il attendait la conclusion d'un gros contrat lui permettant de toucher une commission. En conséquence, il n'est pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante qu'il a rompu tout lien avec la société (cf. ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). Au contraire, le maintien de la domiciliation de la société au domicile des époux L_____ établit que ces derniers jouent un rôle majeur dans le fonctionnement de HPS SA, partant que le recourant a un pouvoir de décision dans le cadre de la société ou, pour le moins, n'a pas rompu tout lien avec la société. En tout cas, étant donné les pouvoirs que lui confère sa position au sein de cette société, il lui est loisible, à tout moment, de prendre une part active dans son fonctionnement. L'allégation selon laquelle il n'a pas perçu de salaire n'est à cet égard pas décisive (cf. ATFA non publié du 29 juin 2004, C 65/2004, consid. 3.5).

Enfin, selon la jurisprudence, le comportement d'un assuré qui réclame des prestations doit cependant être interprété selon le principe de la bonne foi, lequel exclut la possibilité de tirer un avantage d'une attitude contradictoire ou abusive ou encore d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 II 269 consid. 7,124 II 270 consid. 4, 120 II 108 consid. 3a, 108 V 88). De ce point de vue, en requérant sa radiation au RC à deux reprises pour toucher des prestations de l'assurance-chômage et permettre à son épouse de percevoir des indemnités, puis en étant réinscrit peu de temps après au RC en tant que directeur de HPS SA, le recourant a eu des comportements contradictoires. Or, un administré ne saurait guère jouer sur deux tableaux et profiter des avantages que lui procure l'inscription au RC en tant que directeur et le versement d'indemnités de chômage (cf. ATFA non publié du 29 juin 2004, déjà cité consid. 3.2).

En définitive, l'intimée a retenu à juste titre que le recourant pouvait influencer considérablement les décisions de la société en tant que membre d'un organe dirigeant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI et qu'il n'avait pas droit à l'indemnité de chômage du 25 février 2005 au 7 juin 2006.

9. Selon l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1, première phrase).

Aux termes de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2).

On peut d'emblée exclure que les conditions d'une révision procédurale fussent remplies dans le cas particulier. En effet, la circonstance que le recourant est

directeur de HPS SA ne constitue pas un fait nouveau du moment que cette information est publiée au RC et que celui-ci est public (ATF 122 V 273 consid. 4). En revanche, le paiement d'indemnités en raison du licenciement prononcé par le précédent employeur résulte d'une décision manifestement erronée. En effet, du moment qu'il était inscrit au RC en qualité de directeur, l'allocation au recourant d'une indemnité de chômage apparaît sans nul doute erronée. En outre, la rectification des décisions (matérielles) d'octroi de ladite prestation revêt incontestablement une importance notable au vu de son montant (45'639 fr. 25), de sorte que les conditions d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA et de la jurisprudence, partant d'une restitution, sont réunies.

10. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

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

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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