

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 29 décembre 2009

---

Présidence de M. NEU, juge unique  
Greffier : M. Greuter

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**A.T.** \_\_\_\_\_, à Lausanne, recourant, représenté par Me Alain Vuithier,  
avocat à Lausanne,

et

**SERVICE DE L'EMPLOI**, Instance juridique chômage, à Lausanne, intimé.

---

**Art. 95 al. 1 LACI; 25 LPG**

## **E n f a i t :**

**A.** Du 1<sup>er</sup> décembre 1999 au 31 juillet 2004, A.T.\_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré) a travaillé pour la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl, dont il était le seul associé-gérant avec signature individuelle. S'étant lui-même licencié, il a émis le souhait de pouvoir être indemnisé par l'assurance-chômage à compter du 1<sup>er</sup> août 2004.

Par décision du 16 septembre 2004, la Caisse N.\_\_\_\_\_ (ci-après: la caisse) lui a nié le droit à l'indemnité journalière à compter du 1<sup>er</sup> août 2004, au motif qu'il avait conservé une position similaire à celle de l'employeur au sein de la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl qui l'avait employé.

Par décision rectificative du 15 novembre 2004, la caisse lui a reconnu le droit à l'indemnité à compter du 29 septembre 2004, date coïncidant avec celle de sa demande de radiation au registre du commerce en qualité d'associé-gérant, cette fonction étant depuis lors reprise par son fils.

**B.** Il ressort des procès-verbaux des entretiens de contrôle effectués par l'Office régional de placement (ci-après: l'ORP) en charge du dossier de l'assuré que celui-ci, tout en affirmant chercher un emploi salarié, a régulièrement fait part à son conseiller de son projet de créer une nouvelle société, respectivement de relancer la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl. De ces procès-verbaux, on extrait ce qui suit:

"- Rendez-vous du 28 juin 2005:

Ses recherches n'aboutissant nulle part, il aurait une idée de créer une radio émettant par satellite pour le bassin européen et touchant plus d'un million d'auditeurs serbo-croate. Doit trouver du sponsoring avant tout.

- Rendez-vous du 16 août 2005:

Il a la possibilité de reprendre la société A.\_\_\_\_\_ avec qui il est en pourparler depuis plusieurs mois; mais pour cela, il doit trouver 30'000.- d'ici la fin du mois. Un peu juste, mais il est confiant.

- Rendez-vous du 21 septembre 2005:

A trouvé la solution; par le biais de la société H.\_\_\_\_\_, inscrite au nom de son fils, possibilité d'accord avec R.\_\_\_\_\_: une collaboration devrait s'établir en fin d'année. Mais comme il n'est pas certain, continue de rechercher dans le tourisme; nous lui

faisons remarquer que c'est le marasme complet et que, s'il n'a apparemment plus de contact avec G.\_\_\_\_\_, en Suisse, c'est quasiment impossible. A voir au prochain entretien de novembre.

- Rendez-vous du 29 novembre 2005:

Nous apprend que la société A.\_\_\_\_\_, avec qui il était en pourparler de collaboration a fermé et est en faillite. Il entrevoit le bout du tunnel et sera très certainement employé de H.\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Dans ce cas, annulation probable de son dossier.

- Rendez-vous du 31 janvier 2006:

Appelons l'assuré pour les dernières nouvelles. Nous dit qu'il commence à être opérationnel; de ce fait demande l'annulation de son dossier. Exempté de recherches en janvier car travaille dès février."

L'assuré sera effectivement engagé à 100% par la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl en qualité de chef de vente à compter du 1<sup>er</sup> février 2006.

**C.** Dans le cadre d'une procédure annexe impliquant la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl, l'ORP a eu connaissance du fait que, par acte notarié du 15 septembre 2005, B.T.\_\_\_\_\_, soit le fils de l'assuré, avait conféré à ce dernier tout pouvoir lui permettant d'agir au nom de dite société. C'est ainsi que A.T.\_\_\_\_\_ a procédé à l'engagement d'un employé (M. O.\_\_\_\_\_, ancien directeur de la société A.\_\_\_\_\_) à compter de cette même date, puis signé, le 5 décembre suivant, un contrat de bail à loyer pour de nouveaux locaux commerciaux.

L'ORP a dès lors ouvert une procédure d'examen de l'aptitude au placement, au cours de laquelle l'assuré a été invité à s'exprimer, faisant notamment valoir qu'il avait eu la volonté de recréer une nouvelle société durant sa période de chômage, tout en étant disponible pour reprendre une activité à 100%, respectivement que son fils n'avait jamais travaillé pour le compte de la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl.

Par décision du 31 août 2006, A.T.\_\_\_\_\_ a été déclaré inapte au placement à compter du 15 septembre 2005, en substance au motif qu'il avait exercé depuis lors une position dirigeante au sein de la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl, compte tenu des pleins pouvoirs transférés par son fils, de sorte que l'on pouvait raisonnablement exclure qu'il ait encore eu la réelle intention de retrouver une activité salariée pour le compte d'un autre employeur.

Cette décision d'inaptitude au placement étant entrée en force, la Caisse N.\_\_\_\_\_ a réclamé à l'assuré, par décision du 26 octobre 2006, confirmée sur opposition par décision du 11 avril 2007, la restitution de 9'388 fr. 55 d'indemnités perçues a tort. Cette décision est également entrée en force.

**D.** Par acte de son mandataire du 12 juin 2007, l'assuré a demandé la remise de l'obligation de restituer les prestations indues ainsi réclamées, faisant valoir sa bonne foi et sa situation économique difficile.

Par prononcé rendu le 31 août 2007, le Service de l'emploi, Autorité cantonale compétente en matière de remise, a rejeté la demande de l'assuré. Ce rejet a été confirmé par décision sur opposition rendue le 27 mars 2008 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage. En substance, la remise de l'obligation de restituer l'indu a été refusée au motif que l'intéressé ne pouvait avoir été de bonne foi en bénéficiant des indemnités de chômage à compter du 15 septembre 2005, alors qu'il occupait une position dirigeante analogue à celle d'un employeur au sein de la société H.\_\_\_\_\_ Sàrl - procédant notamment à l'engagement d'un employé et à la signature d'un bail à loyer pour de nouveaux locaux de la société -, de sorte qu'il n'avait plus la réelle intention de retrouver une nouvelle activité salariée pour le compte d'un autre employeur.

**E.** A.T.\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision devant le Tribunal des assurances par acte du 30 avril 2008. Concluant à l'octroi de la remise sollicitée, il fit en résumé valoir que les quelques tâches administratives accomplies pour la société en question, sans que l'ORP ait ignoré sa situation à cet égard, ne l'avaient pas rendu indisponible quant à la recherche ou l'éventuelle acceptation d'un emploi salarié.

L'autorité intimée a conclu au rejet du recours par réponse du 9 juin 2008, précisant qu'il ne ressortait pas des procès-verbaux d'entretien entre l'assuré et son conseiller ORP que ce dernier aurait été

avisé des démarches importantes effectuées pour le compte de l'entreprise en question.

Par réplique du 18 septembre 2008, le recourant fit valoir, d'une part qu'il avait dûment rapporté la preuve de ses recherches d'emploi et donc de son employabilité effective, d'autre part qu'il avait informé son conseiller ORP de l'état de ses démarches dans le cadre de la reprise de la société en question dès septembre 2005. L'intimé a confirmé ses conclusions par duplique produite le 3 octobre 2008.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** Interjeté dans le respect du délai, compte tenu des feries (art. 38 al. 4 let. a LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]), et des autres conditions prévues aux art. 60 et 61 LPGA, le recours est recevable en la forme.

**b)** Aux termes de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36), en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de dite loi sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse n'excédant pas 30'000 fr., un membre de la Cour statue en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

**2. a)** La question de l'obligation de restituer les prestations indûment perçues, fondée sur un prononcé d'inaptitude au placement entré en force, a été tranchée de manière définitive par décision sur opposition rendue le 11 avril 2007. Le litige porte donc uniquement sur les

conditions d'une remise de l'obligation de restituer, singulièrement sur celle de la bonne foi du recourant.

L'art. 95 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0) prévoit que la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, sous réserve d'éventualités qui n'entrent pas en ligne de compte en l'occurrence. Selon 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. Les deux conditions matérielles énoncées à l'art. 25 al. 1, seconde phrase, LPGA sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48, consid. 3c; DTA 2001 p. 160, C 223/00, consid. 5; Patrice Keller, La restitution des prestations indûment touchées dans la LPGA, in: Partie générale du droit des assurances sociales, Lausanne 2003, p. 149 ss, plus spécialement p. 167 ss).

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances relative à l'art. 47 al. 1 LAVS (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002; DTA 1998 p. 70, consid. 4a), applicable par analogie en matière d'assurance-chômage (ATF 126 V 48, consid. 1b), l'ignorance, par le bénéficiaire des prestations, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre sa bonne foi. Il faut bien plutôt que l'assuré 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 (violation du devoir d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 112 V 97, consid. 2c; 110 V 176, consid. 3c; DTA 2003 p. 258, C 295/02, consid. 1.2, 2002 p. 257, C 368/01, consid. 2a). Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une

personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 176, consid. 3d). L'examen de l'attention exigible d'un ayant droit qui invoque sa bonne foi relève du droit (ATF 122 V 221, consid. 3; 102 V 245, consid. b).

**b)** En l'espèce, au grief d'une violation de l'obligation d'informer retenu par l'autorité intimée pour lui dénier la bonne foi, le recourant oppose qu'il a toujours informé l'ORP de sa volonté de créer une nouvelle société d'une part, qu'il a satisfait à son devoir de rechercher activement une autre activité salariée d'autre part.

Cette argumentation ne saurait être suivie. Le recourant a certes tenu l'ORP informé de son souhait de reprendre les activités de la société H. \_\_\_\_\_ Sàrl, mais en qualité d'employé, ce qui en soi ne faisait pas obstacle à sa condition de demandeur d'emploi. Il a toutefois tu le fait d'avoir obtenu de son fils les pleins pouvoirs de gérer seul la société H. \_\_\_\_\_ Sàrl à compter du 15 septembre 2005. Or, il ne pouvait ignorer que la qualité de personne dirigeante d'une entreprise - de surcroît celle qui l'avait précédemment licencié et qui entendait le réengager à nouveau - faisait obstacle à la reconnaissance du droit à l'indemnité. Il avait en effet été sanctionné pour cette même raison lors de son inscription au chômage, après son licenciement en juillet 2004, ce qui l'avait précisément conduit, pour se voir reconnaître le droit à l'indemnité, à radier son inscription au registre du commerce en qualité de seul associé gérant avec signature individuelle, pour y substituer celle de son fils.

Dans ces circonstances, il est manifeste qu'en omettant de signaler aux autorités de chômage compétentes sa qualité d'administrateur de fait de la société H. \_\_\_\_\_ Sàrl, respectivement l'ampleur réelle de son activité et de ses pouvoirs à compter du 15 septembre 2005, il a fait preuve d'une négligence grave (dans le même sens, cf. TFA C 70/03 du 2 juillet 2003; C 232/00 du 12 mars 2001). Il ne pouvait en effet raisonnablement pas ignorer que ces informations constituaient des éléments essentiels dans la détermination de son droit au chômage.

Aussi doit-on admettre avec l'administration que le recourant n'était pas de bonne foi, ce qui exclut la remise de l'obligation de restituer la somme réclamée, les deux conditions auxquelles la remise est subordonnée étant cumulatives.

Il appartiendra le cas échéant au recourant de s'entendre avec la caisse sur les modalités du remboursement des prestations indûment perçues dont on lui réclame la restitution.

**3.** En conclusion, mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée, sans frais, ni allocation de dépens (art. 61 let. a et g LPGA).

**Par ces motifs,  
le juge unique  
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 27 mars 2008 par le Service de l'emploi est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire ni alloué de dépens.

Le juge unique:

Le greffier:

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à:

- Me Alain Vuithier (pour A.T. \_\_\_\_\_),
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier: