

## **GE\_GERICHTE A/3380/2006 vom 4. April 2007**

GE Cour de justice, 2007-04-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3380\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3380_2006)

FR: GE\_GERICHTE A/3380/2006 du 4 avril 2007

IT: GE\_GERICHTE A/3380/2006 del 4 aprile 2007

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 04.04.2007  
A/3380/2006

A/3380/2006 ATAS/377/2007 du 04.04.2007 ( CHOMAG ), REJETE Recours TF déposé le 21.05.2007, rendu le 24.07.2007, IRRECEVABLE, 8C\_265/2007 En fait En droit Par ces motifs RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/3380/2006 ATAS/377/2007 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 5 du 4 avril 2007 En la cause Monsieur M\_\_\_\_\_, domicilié , GENEVE recourant contre UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, Strassburgstrasse 11, ZURICH intimée EN FAIT M. M\_\_\_\_\_, a travaillé pour X\_\_\_\_\_, SA (ci-après: la société) dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001 en tant que directeur d'acquisition. Par lettre du 29 octobre 2002, signée par M. K\_\_\_\_\_, il a été licencié avec effet au 31 décembre 2002 au motif de la fermeture du département "Acquisition". Au registre du commerce, M. M\_\_\_\_\_ était inscrit comme administrateur unique de la société, avec signature individuelle, dès la date d'inscription de celle-ci, le 12 mars 2001, jusqu'au 17 décembre 2002. A partir de cette date, M. K\_\_\_\_\_ est inscrit comme administrateur unique avec signature individuelle. M. H\_\_\_\_\_ était inscrit comme directeur de la société avec signature individuelle du 17 décembre 2002 au 2 février 2004, puis avec signature collective à deux avec M. K\_\_\_\_\_ jusqu'au 9 juin 2004. Le 8 juillet 2004, la faillite de la société a été prononcée. Du 6 novembre 2001 jusqu'au 2 mai 2005, M. M\_\_\_\_\_ était inscrit en qualité d'administrateur avec signature individuelle de l'entreprise Y\_\_\_\_\_ SA. Du 4 mars 2002 au 21 octobre 2003, il était inscrit comme administrateur avec signature individuelle au registre du commerce pour Z\_\_\_\_\_ SA. L'intéressé a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation ouvert du 13 janvier 2003 au 12 janvier 2005 et a été indemnisé par la Caisse de chômage de la FTMH jusqu'en août 2004. Les droits et obligations de cette caisse ont été repris dès le 1<sup>er</sup> août 2005 par la UNIA (ci-après : la caisse) . Le 11 mai 2004, Monsieur H\_\_\_\_\_ a dénoncé l'assuré à la FTMH. Il a attiré notamment l'attention de ce syndicat sur le fait que l'intéressé était le fondateur et actionnaire d'X\_\_\_\_\_ SA à 50%. Sa démission en décembre 2002 en tant qu'administrateur était uniquement une manœuvre pour pouvoir percevoir des indemnités de chômage. Encore aujourd'hui il gère par procuration cette société avec l'actuel administrateur, Monsieur K\_\_\_\_\_. A l'appui de ses dires, il a joint divers documents. Dans sa lettre annexée du 4 février 2004 à M. K\_\_\_\_\_, il a fait état de ce qu'il était inscrit comme directeur de la société, mais n'avait pas eu le contrôle de l'administration à ce jour, cette responsabilité étant assumée par M. M\_\_\_\_\_. Il s'est plaint également de ne pas avoir accès à tous les documents de la société qui devaient être vraisemblablement en la possession de ce dernier. Selon le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société du 15 décembre 2003, celui-ci a été désigné comme secrétaire général. De l'acte de fondation du 7 mars 2001 de la société résulte que celle-ci a été fondée par M.

H \_\_\_\_\_, l'intéressé et M. B \_\_\_\_\_. Le premier détenait 50 actions, l'intéressé 49 actions et M. B \_\_\_\_\_, à titre fiduciaire, une action. M. H \_\_\_\_\_ a également fait parvenir à la FTMH sept ordres de paiement signés pour la société par l'intéressé en 2003. Ceux-ci concernent le paiement de loyers, de salaires, ainsi que d'autres dettes de la société. Des documents transmis par M. H \_\_\_\_\_, il ressort également que l'intéressé a répondu le 5 mai 2003 à sa banque concernant un problème de signature de M. H \_\_\_\_\_. Le 24 juillet 2003, l'intéressé a signé un fax, sur papier à lettre de la société, adressé à X1 \_\_\_\_\_ Sàrl, concernant le paiement d'une facture et de dédouanement de marchandises. Le 6 septembre 2003, l'intéressé a écrit pour X \_\_\_\_\_ SA à une société à Zurich concernant un problème de facturation. Le dernier courrier transmis par M.H \_\_\_\_\_ concerne une lettre signée par l'intéressé le 16 octobre 2003 au nom de la société et adressée à La Poste. Le 1<sup>er</sup> septembre 2004, le Procureur général a informé l'intéressé, ainsi que MM. K \_\_\_\_\_ et H \_\_\_\_\_ que la caisse de compensation les avait dénoncés pour avoir détourné des sommes retenues aux salariés de la société au titre de cotisations AVS/AI/APG/AC pendant les périodes du 1<sup>er</sup> mars au 31 décembre 2001 et du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2002. Dans le cadre d'une enquête ouverte par l'Office cantonal de l'emploi (ci-après: OCE), l'assuré a été entendu par cet office le 7 septembre 2004. Il a déclaré avoir fondé la société avec M. H \_\_\_\_\_ en janvier 2001. Il était devenu également administrateur de celle-ci avec signature individuelle, car il possédait la nationalité suisse. A la suite de sa radiation en tant qu'administrateur en date du 17 décembre 2002, il a transmis ses actions, pour 1 fr. symbolique, à l'administrateur qui lui a succédé, M. K \_\_\_\_\_. Il a par ailleurs certifié qu'il n'avait pas exercé d'activité professionnelle ou lucrative à quelque titre que ce soit depuis son inscription au chômage. Le 14 septembre 2004, l'assuré a été entendu une seconde fois par l'OCE. Il a souligné qu'X \_\_\_\_\_ SA avait des parts pénales impayées pour les cotisations sociales. Il en était responsable en qualité d'ex-administrateur. Il était également co-débiteur solidaire du loyer dû par la société pour ses locaux. Pour cette raison, il avait continué à avoir un regard sur elle, ce qui représentait environ trois à quatre heures par semaine, non rémunérées. Comme il avait encore la signature sur les comptes bancaires, il avait suivi les paiements effectués durant l'exercice 2003 dans le but de préserver ses intérêts. Dans son rapport de la même date relatif à cette audition, il est mentionné que l'assuré n'a pas indiqué ses fonctions d'administrateur pour Y \_\_\_\_\_ SA et Y1 \_\_\_\_\_ SA dans sa demande d'indemnité de chômage du 11 janvier 2003. Il est par ailleurs constaté que l'intéressé a continué à signer des documents pour X \_\_\_\_\_ SA, soit de nombreux ordres de paiements sur du papier avec entête de la société, ainsi que du courrier standard. Le 27 octobre 2004, la Caisse de chômage FTMH a soumis le dossier de l'assuré à l'OCE, afin qu'il examine son aptitude au placement, suite à son enquête. Par décision du 5 janvier 2005, l'OCE a nié le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance-chômage avec effet rétroactif au 13 janvier 2003. Il est relevé dans cette décision que l'intéressé avait déjà bénéficié de prestations de l'assurance-chômage pendant deux périodes d'indemnisation consécutives du 1<sup>er</sup> août 1994 au 31 juillet 1998 et pendant une troisième période ouverte du 17 mai 2000 au 16 mai 2002. Lors de sa réinscription à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) le 17 décembre 2002, il a déclaré chercher une activité de directeur d'entreprise à plein temps. La décision de suppression du droit à l'indemnité de chômage avec effet rétroactif est motivée par le fait que l'assuré a continué à occuper dans la société une position comparable à celle d'un employeur, situation dans laquelle, selon la jurisprudence et les directives en la matière, aucune indemnité n'est due, dans le but de

prévenir des abus. L'OCE fait également état de ce que M. K\_\_\_\_\_ avait signé la lettre de licenciement de l'intéressé le 29 octobre 2002, alors qu'il ne détenait aucune fonction pour le compte d'X\_\_\_\_\_ SA avant le 17 décembre 2002. L'OCE a enfin motivé sa décision par le fait que l'intéressé n'avait pas rempli les conditions relatives à la période de cotisations d'un an au minimum, dès lors qu'il résulte des termes de la lettre du Procureur général du 1<sup>er</sup> septembre 2004, qu'il n'avait pas cotisé aux assurances sociales pendant son activité auprès de la société en tant que directeur de celle-ci. Par décision du 31 mai 2005, l'OCE a déclaré irrecevable l'opposition interjetée par l'assuré en date du 11 février 2005, pour cause de tardiveté. Par décision du 4 juillet 2006, la caisse a demandé à l'intéressé la restitution des prestations perçues en trop de 121'795 fr. 70 correspondant aux indemnités journalières accordées de janvier 2003 à août 2004. Sur opposition de l'assuré, la caisse a rejeté celle-ci, par décision du 23 août 2006. Par acte du 15 septembre 2006, l'assuré recourt contre cette décision, en concluant à son annulation. Il fait valoir que c'est à tort que l'OCE lui a nié le droit aux prestations de chômage pendant la période litigieuse. Dans sa réponse du 10 octobre 2006, l'intimée conclut au rejet du recours. A la demande du Tribunal de céans, l'intimée lui envoie le 20 novembre 2006 son règlement d'octobre 2004, duquel il ressort qu'elle a repris les droits et obligations de la Caisse de chômage de la FTMH dès le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Le 14 mars 2007, les parties sont entendues en comparution personnelle. L'intimée déclare avoir reçu le 10 juin 2005 la décision de l'OCE du 31 mai 2005. Quant au recourant, il a indiqué ce qui suit : " M. K\_\_\_\_\_ n'était pas un employé de EASYMMOB et RBH SA avant de devenir son administrateur le 17 décembre 2002. Il a néanmoins signé ma lettre de licenciement en date du 29 octobre 2002. En raison d'une baisse considérable du travail, la société a dû licencier la majorité de son personnel à fin 2002. Il n'y avait plus de travail non plus pour moi-même. Toutefois, M. H\_\_\_\_\_ a pu continuer de travailler pour la société, dès lors qu'il est ingénieur. Il est par ailleurs fondateur de la société et y a toujours travaillé contre rémunération. Sur question de la Caisse, je précise que j'ai gardé la signature sur les comptes bancaires et que j'ai continué à m'occuper un peu du paiement des factures après mon départ fin 2002, car la société avait un grand arriéré de cotisations sociales et je tenais à ce que cet arriéré n'accroisse pas, voire puisse être réduit. Mon intention n'était pas de gagner de l'argent, en gardant un pied dans la société, mais de régler le passif. La procédure pénale pour détournement des cotisations sociales est toujours en cours." Sur ce, la cause est gardée à juger. EN DROIT

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi 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. En vertu de l'art. 95 al. 1 LACI, en liaison avec l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, à moins que l'intéressé fût de bonne foi et que le remboursement le mettrait dans une situation difficile. Selon l'art. 25 al. 2 LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel un délai de prescription plus long est prévu par le droit pénal, ce délai est déterminant. Le recourant fait valoir que les sommes touchées à titre d'indemnité journalière lui sont légalement dues. Ce faisant, il met en cause la décision de l'OCE du 5 janvier 2005. Cette décision est aujourd'hui entrée en force de chose jugée, dès lors que l'opposition du recourant contre celle-ci a été déclarée irrecevable. Ladite

décision constitue une décision de constatation que l'autorité n'est en principe habilitée à prendre qu'à la condition que la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit soit commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice (ATF 129 V 290 consid. 2.1). Cette exigence vaut également lorsque l'autorité rend une décision de constatation non pas sur requête d'un administré mais d'office (ATF 130 V 391 s. considl 2.4). Toutefois, une exception est admise en matière d'assurance-chômage pour ce qui concerne les décisions de constatation rendues par les autorités cantonales de chômage, soit à Genève par l'OCE. Celles-ci statuent sous la forme d'une décision de constatation dans les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, selon l'art. 85 al. 1 let. e LACI, notamment au sujet du droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). La caisse de chômage est liée par les décisions de constatation de l'autorité cantonale (ou du juge, en cas de recours) entrées en force au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, lorsque l'autorité cantonale appelée à statuer sur un cas soumis à examen par la caisse constate que les conditions du droit à des indemnités de chômage déjà allouées par la caisse n'étaient pas réalisées, la caisse est tenue, selon l'art. 95 al. 1 LACI, en liaison avec l'art. 25 LPGA, d'en exiger la restitution, pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1). Il appartient dès lors encore à la caisse d'examiner la question de la restitution sous cet angle (ATF 126 V 401 s. consid. 2b/cc). Par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 469 consid. 2c et les références). Cette jurisprudence est reprise à l'art. 53 al. 1 LPGA, qui dispose que 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. Aux termes de l'al. 2 de cette disposition, l'assureur peut également 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 (reconsidération). En l'espèce, l'OCE a découvert en septembre 2004 que le recourant détenait des mandats d'administration pour des sociétés et qu'il a de surcroît continué à signer des courriers et ordres de paiement pour son ancien employeur, dont il était également administrateur. Il convient dès lors de constater que des faits nouveaux ont été découverts postérieurement à la décision d'octroi d'indemnités de chômage dès janvier 2003. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que les conditions d'une révision procédurale sont en l'espèce remplies, de sorte que la demande de restitution des prestations indûment perçues est légalement fondée. Quant aux conditions du droit à l'indemnité de chômage, cette question a été tranchée par l'OCE par une décision entrée en force qui lie l'intimée. Le recourant ne peut dès lors exiger dans la présente procédure un nouvel examen de cette question. Reste à examiner, si la créance en restitution des prestations indûment perçues n'est pas éteinte par la prescription. L'art. 25 al. 2 LPGA dispose que le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant. En

l'occurrence, il convient d'admettre que l'intimée avait connaissance de son droit de demander la restitution, à partir du moment où la décision sur opposition de l'OCE du 31 mai 2005 est devenue exécutoire. En admettant que le recourant l'ait reçue le 1<sup>er</sup> juin 2005, le délai de recours de 30 jours a expiré le 4 juillet 2005. L'intimée ayant rendu la décision de restitution le 4 juillet 2006, il convient d'admettre qu'elle a agi dans le délai d'un an prévu par la disposition précitée. Sa prétention n'est par conséquent pas prescrite. Partant, le recours doit être rejeté. Il est cependant loisible au recourant de demander à l'intimée, par une requête séparée, la remise de l'obligation de restituer s'il estime qu'il était de bonne foi, lorsqu'il a perçu les prestations dont la restitution lui est demandée, et que celle-ci le mettrait dans une situation difficile. A cet égard, il est toutefois à relever que, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances, la bonne foi de l'assuré ne saurait dépendre du libellé du formulaire d'inscription de l'OCE. Peu importe dès lors que ce formulaire ne contienne pas une question spécifique au sujet des mandats d'administrateur de l'assuré. Par ailleurs, le fait de ne pas annoncer spontanément à l'OCE que la résiliation des rapports de travail par une société ne met pas fin aux liens que l'assuré entretient avec celle-ci, constitue une négligence grave, excluant la bonne foi (arrêt non publié du TFA du 4 décembre 2006, cause C 327/05 consid. 3). **PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES** Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : Le rejette. Dit que la procédure est gratuite. 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 Claire CHAVANNES La Présidente : Maya CRAMER Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.