

# **GE\_GERICHTE ATAS/1288/2014 vom 12. Dezember 2014**

GE Cour de justice, 2014-12-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1288\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1288_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1288/2014 du 12 décembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1288/2014 del 12 dicembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 - RS 830.1) relatives à la loi fédérale

A/274/2014 - 9/19 - sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à la LACI, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3). Les dispositions de la nouvelle du 19 mars 2010 modifiant la LACI (4ème révision) et celles du 11 mars 2011 modifiant l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance- chômage, OACI ; RS 837.02) sont entrées en vigueur le 1er avril 2011. Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En l'espèce, au vu des faits pertinents, le droit aux prestations doit être examiné au regard des dispositions légales en vigueur avant le 1er avril 2011.

### **E. 2.4**

; ATF 125 V 123 consid. 2). La preuve stricte de la causalité, dans une acception scientifique, ne doit pas être exigée; l'existence d'un lien de causalité doit déjà être admise lorsqu'il apparaît crédible et concevable que l'une des circonstances énumérées à l'art. 14 al. 1 LACI a empêché l'intéressé d'exercer une activité soumise à cotisation (cf. ATF 121 V 336 consid. 5c/bb). Le motif empêchant l'assuré de remplir les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 14 al. 1 LACI doit avoir duré pendant plus que 12 mois («12 mois au total»); à défaut, si la durée de l'empêchement est inférieure à 12 mois, l'assuré dispose d'assez de temps pendant le délai-cadre de cotisation pour exercer une activité suffisante soumise à cotisation (ATF 121 V 336 consid. 5b). Il en découle que la libération des conditions relatives à la période de cotisation de l'art. 14 LACI est subsidiaire à la période de cotisation de l'art. 13 LACI (voir aussi SVR 1999 ALV n° 7 p. 19), la

première de ces dispositions ne s'appliquant que lorsque les conditions de la seconde ne sont pas réunies (DTA 1995 p. 167 consid. 3b/aa et 170 consid. 4c). Il en ressort également qu'il n'y a pas de cumul possible entre les périodes de cotisation (et celles qui leur sont assimilées) et les périodes de libération (DTA 2004 n° 26 p. 269). Il n'est ainsi pas admissible de combler des périodes de cotisation manquantes par des périodes de libération des conditions relatives à la période de cotisation ou le contraire (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2e éd., ch. 254). Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances dans l'arrêt C 106/03 du 13 avril 2004, (publié dans DTA 2004 n° 26 p. 269), ce système a pour conséquence qu'un assuré qui, dans les limites du délai- cadre, a été malade (cf. art. 14 al. 1 let. b :ACI) pendant 12,1 mois et a travaillé durant 11,9 mois remplit les conditions du droit à l'indemnité, tandis qu'il ne les remplit pas s'il a travaillé 11,9 mois et a été malade moins de 12 mois. La

A/274/2014 - 11/19 - distinction et le non cumul des art. 13 et 14 LACI restent pleinement valables après la modification de l'art. 13 al. 1 LACI au 1er juillet 2003, puisque le législateur a maintenu le système en vigueur, alors même que la durée minimale de 12 mois de cotisation est devenue une condition générale du droit à la prestation (DTA 2004 n° 26 p. 270 consid. 3.2).

### **E. 3**

Le délai de recours est de 30 jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). La décision sur opposition date du 18 décembre 2013 et les délais sont suspendus du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 let. c LPGA et 60 al. 2 LPGA ; art. 63 al. 1 let. c LPA), de sorte que le recours du 30 janvier 2014 a été formé en temps utile. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

### **E. 4**

Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à réclamer la restitution des prestations versées indûment à raison de CHF 12'234.75, respectivement si le recourant peut bénéficier de la libération des conditions relatives à la période de cotisation.

### **E. 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 (art. 13 et 14). En vertu de l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

A/274/2014 - 10/19 - Selon l'art. 13 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3) a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisations, remplit les conditions relatives à la période de cotisation (al. 1). Compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (al. 2 let. c). Aux

termes de l'art. 14 al. 1 LACI, sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, notamment en raison de maladie (art. 3 LPGGA), accident (art. 4 LPGGA) ou maternité (art. 5 LPGGA), à condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b). Il doit exister un lien de causalité entre les motifs de libération énumérés à l'art. 14 al. 1 LACI et l'absence d'une durée minimale de cotisation (ATF 131 V 279 consid.

## **E. 6**

Au vu du caractère subsidiaire de l'art. 14 LACI, il convient d'examiner à titre préalable si le recourant a droit à des prestations en vertu de l'art. 13 LACI, plus particulièrement s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation par l'exercice durant douze mois au moins d'une activité soumise à cotisation durant le délai-cadre de cotisation. D'après l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, 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 la SA ou encore de détenteur d'une participation financière à la SA; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans la SA. Selon la jurisprudence constante, les personnes qui n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail parce qu'elles fixent les décisions que prend l'employeur, ou peuvent les influencer considérablement (art. 31 al. 3 let. c LACI), n'ont pas droit non plus à l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234; DTA 2008 p. 148, 8C\_245/2007 consid. 2; DTA 2008 p. 312, C 13/07 consid. 2). En effet, 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. Lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement la SA en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si la SA continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre des indemnités journalières de chômage. Toutefois, la jurisprudence exclut de considérer qu'un associé a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C\_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2 et les références; 8C\_478/2008 du 2 février 2009 consid. 4). Par ailleurs, dans le contexte d'une SNC commerciale, le prononcé de la dissolution de la SNC et son entrée en liquidation ne suffisent en principe pas à considérer que l'assuré qui exerce encore la fonction de liquidateur a définitivement quitté son ancienne entreprise, en raison de la fermeture de celle-ci (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 267/04 du 3 avril 2006 consid. 4.2, in DTA 2007 p. 115 et C 373/00 du 19 mars 2002 consid. 3a; cf. également arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 180/06 du 16 avril 2007 consid. 3.1, in SVR 2007 AIV no 21 p. 69). Lorsque le salarié est membre d'un conseil d'administration ou associé d'une SNC à responsabilité limitée, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270

A/274/2014 - 12/19 - consid. 3). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la SNC (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1 et 2.3 et les références). En effet, la fin d'une Sàrl nécessite en priorité de procéder à sa dissolution (cf. arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 267/05

du 19 décembre 2006 et C 37/02 du 22 novembre 2002), laquelle peut notamment intervenir par l'ouverture de la faillite (art. 820 ch. 3 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]). La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public (art. 738 CO). Pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui, de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs (cf. art. 739 al. 2 CO). En fait notamment partie, le choix de la poursuite des activités de la SA jusqu'à sa vente ou sa radiation (cf. VSI 1994 p. 36 consid. 6c [arrêt H 73/91 du 13 septembre 1993]) et les références). Cette situation exclut le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré (cf. DTA 2002 p. 183 consid. 3b [arrêt C 373/00 du 19 mars 2002]; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 72/06 du 16 avril 2007 consid. 7.2).

## **E. 7**

La liquidation d'une SNC en nom collectif est faite par les associés gérants, à moins que des empêchements inhérents à leurs personnes ne s'y opposent et que les associés ne conviennent de désigner d'autres liquidateurs (583 al. 1 CO). Selon l'art. 585 CO, les liquidateurs ont pour mission de terminer les affaires courantes, d'exécuter les engagements, de faire rentrer les créances de la SNC dissoute et de réaliser l'actif social dans la mesure exigée pour la répartition (al. 1). Ils représentent la SNC pour les actes juridiques impliqués par la liquidation; ils peuvent plaider, transiger, compromettre et même, en tant que de besoin, entreprendre de nouvelles opérations (al. 2). L'inscription de la SNC en nom collectif au registre du commerce est obligatoire si celle-ci exerce une activité commerciale, mais elle n'est que déclarative (art. 552 al. 1 et 2 et 553 CO; ATF 134 III 643 consid. 5 et les références). La radiation de la SNC en nom collectif du registre du commerce suppose qu'elle soit dissoute (art. 574 ss CO) et que sa liquidation soit terminée (art. 589 in initio CO). La radiation de la SNC ne doit donc être requise qu'après la fin de la liquidation, à savoir lorsque toutes les dettes ont été payées ou reprises et que tous les actifs sont partagés (ATF 135 III 370 consid. 3.2.1; STAEHELIN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3e éd. 2008, n° 1 ad art. 589 CO). Selon la jurisprudence, la radiation n'a toutefois qu'un effet déclaratif; malgré sa radiation, la SNC en nom collectif continue d'exister aussi longtemps que, dans les faits, la liquidation n'est pas terminée, à savoir tant qu'il subsiste un actif ou un passif social non partagé. Elle continue d'être partie en justice, nonobstant sa radiation, et de nouveaux procès peuvent être engagés pour ou contre elle (ATF 135 III 370 consid. 3.2.1). Les auteurs admettent tous que la radiation de la SNC en nom collectif est déclarative et

A/274/2014 - 13/19 - que celle-ci continue d'exister tant que sa liquidation n'est effectivement pas terminée. En vertu de l'art. 589 CO, seule la SNC liquidée doit être radiée: toutes les dettes doivent avoir été payées ou reprises et tous les actifs doivent avoir été partagés avant qu'il ne soit procédé à la radiation. Comme le relèvent JAEGER et ACOCELLA, la radiation de la SNC par suite de liquidation dépend toutefois de la volonté des liquidateurs et, contrairement à la liquidation opérée dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, les créanciers n'ont aucune garantie que la liquidation et par suite la radiation correspondent bien à la réalité (JAEGER, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1920, vol. I, n° 1 ad art. 40 LP; ACOCELLA, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 1998, n° 7 ad art. 40 LP; ATF 135 III 370 consid. 3.2.2). Selon la doctrine (VULLIÉTY, in Commentaire

romand, Code des obligations II, 2008, ad art. 574 ss CO), bien que le CO distingue la dissolution de la SNC (CO 574 à 581) et sa liquidation (CO 582 à 590), ces deux étapes forment en fait une seule opération au terme de laquelle la SNC prend véritablement fin. La SNC dissoute entre en liquidation, ce qui lui vaut la mention «en liquidation» ajoutée à sa raison sociale. Cela étant, la SNC initiale ne prend pas fin dès sa dissolution et il n'y a pas davantage création d'une entité nouvelle. Bien que dissoute, la SNC originelle continue d'exister en tant que SNC jusqu'à la clôture de sa liquidation. Le but initial de la SNC se transforme en un but de liquidation, dont l'objectif est, en substance, de répartir entre les associés l'avoir commun et les dettes. Au chapitre des effets de fond de la dissolution, il convient de mentionner en particulier que la SNC dissoute reste une SNC jusqu'au bouclage de sa liquidation. Il s'ensuit notamment que l'actif social continue d'être un patrimoine autonome détenu en main commune par les associés (CO 552), que la SNC peut toujours agir et être actionnée en tant que telle devant les tribunaux de son siège (et cela, quand bien même elle aurait déjà été radiée du RC) et qu'elle peut également, le cas échéant, être poursuivie par voie de faillite. L'entrée en liquidation ne met pas non plus fin aux contrats en cours: ceux-ci restent en vigueur, à moins, bien sûr, qu'ils contiennent une clause résolutoire pour ce genre de cas ou qu'une entrée en liquidation d'un des cocontractants soit un juste motif d'y mettre fin. Ce n'est qu'à la fin du processus de liquidation que la SNC cessera d'exister et perdra sa capacité de partie (VULLIÉTY, op. cit., nos 1-2 ad art. 574. La liquidation est le processus par lequel sont dénoués tous les rapports juridiques créés en relation avec une SNC dans le cadre de laquelle est survenu un motif de dissolution. Ce dénouement intervient tant sur le plan externe (dénouement des rapports juridiques entre la SNC et les tiers) que sur le plan interne (dénouement des rapports juridiques des associés entre eux ou entre les associés et la SNC). La liquidation externe consiste notamment à mener à leur terme les contrats en cours ou à les résilier le cas échéant, à réaliser les actifs et à payer les dettes sociales. Pendant la phase de liquidation, la SNC continue d'exister et les rapports de droit entre associés, fondés par le contrat de SNC, subsistent jusqu'à la fin de la

A/274/2014 - 14/19 - liquidation. Ce n'est qu'au terme de celle-ci que la SNC dissoute prend véritablement fin et disparaît, ce qui est alors matérialisé par sa radiation au registre du commerce (CO 589). Les règles légales de liquidation (CO 582 ss) ne s'appliqueront qu'en l'absence de réglementation conventionnelle entre associés. (VULLIÉTY, op. cit., nos 1-3 ad art. 582). Selon une jurisprudence très ancienne (ATF 39 II 69), approuvée encore aujourd'hui par une partie de la doctrine, les procurations et autres autorisations contractuelles de représenter la SNC devraient rester en vigueur en dépit de l'entrée de la SNC en liquidation. Certes, l'étendue des pouvoirs conférés par ces procurations serait, le cas échéant, corrigée pour tenir compte du fait que la SNC n'a désormais plus qu'un but de liquidation (CO 574; VULLIÉTY, op. cit. no 19 ad art. 583.)

## **E. 8**

En l'espèce, au vu des développements ci-dessus, il n'y a aucune raison de traiter l'associé de la SNC différemment de celui de la Sàrl quant à sa possibilité d'influencer la décision de la SNC jusqu'à sa radiation du RC dès lors que les associés liquidateurs conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, exécutent les contrats en cours ou les résilient. La SNC a été radiée le 23 octobre 2009 au terme de sa liquidation, de sorte que jusqu'au 23 octobre 2009, le recourant était associé liquidateur et pouvait influencer les décisions de ladite SNC. Par conséquent, il devait être considéré jusqu'à cette date comme ayant une position semblable

à un employeur qui lui permettait éventuellement de développer l'activité de la SNC (dans ce sens cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 63/02 du 20 novembre 2002 consid. 2.4). Le fait qu'il ait cotisé à l'AVS dans le cadre de son activité accessoire de distributeur d'imprimés et journaux du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2012 n'a aucune incidence sur son droit aux indemnités de chômage. En effet, les parties s'accordent sur le point qu'il s'agissait d'un gain accessoire et, ainsi que le soutient l'intimée, dans la mesure où un tel gain n'est pas pris en considération dans le calcul du gain assuré, il ne compte donc pas comme période de cotisation (cf. Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC) C 10) et n'avait de surcroît pas à être déclaré à l'intimée, contrairement à ce qu'allègue celle-ci. A relever que, contrairement à la thèse de l'intimée et indépendamment de la dénomination du contrat d'agent indépendant conclu entre la SA et le recourant, il est douteux qu'un tel gain accessoire provienne d'une activité indépendante au regard de l'absence d'indépendance du recourant dans l'exécution de son travail dans la mesure où il est soumis aux instructions de son employeur (cf. sur cette question ATF 123 V 161 consid. 1 et ATF 122 V 169 consid. 3a).

### **E. 9**

Au vu de l'ouverture par l'intimée d'un délai-cadre d'indemnisation du 2 août 2010 au 1er août 2012, le délai-cadre de cotisation court du 2 août 2008 au 1er août 2010 conformément à l'art. 9 al. 3 LACI.

A/274/2014 - 15/19 - En l'espèce, durant le délai-cadre de cotisation courant du 2 août 2008 au 1er août 2010, le recourant n'a pas cotisé à l'assurance-chômage en raison de son activité indépendante exercée du 2 août 2008 au 23 octobre 2009, puis de son incapacité de travail du 24 octobre 2009 au 1er août 2010. Faute d'avoir exercé durant 12 mois une activité soumise à cotisation, il ne remplit pas les conditions requises par l'art. 13 LACI et n'a pas droit à des indemnités de chômage sur la base de cette disposition légale. Il en va de même au regard de l'art. 14 LACI. En effet, du 2 août 2008 au 23 octobre 2009, soit pendant près de 15 mois, le recourant n'a pas pu cotiser à l'assurance-chômage en raison de son statut d'indépendant. Le fait qu'il ait été en incapacité de travail du 14 janvier 2009 au 31 juillet 2010 est sans relation de causalité entre l'absence de période de cotisation et l'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisations. En effet, l'absence de période de cotisation du 2 août 2008 au 23 octobre 2009 est en relation de causalité avec son statut d'indépendant, alors que celle du 24 octobre 2009 au 1er août 2010 est bien en rapport de causalité avec son incapacité de travail. Toutefois, cette période n'est que d'un peu plus de neuf mois et ne remplit pas la condition de durée de l'art. 14 al. 1 LACI qui est de plus de 12 mois. Par conséquent, l'intimée a versé à tort des indemnités de chômage du 2 août 2010 au 31 mars 2011.

### **E. 10**

Il reste à examiner si l'intimée est en droit de réclamer la restitution des indemnités de chômage versées à tort. À teneur de l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1 1ère phrase). 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 (al. 2). L'obligation de restituer prévue par l'art. 25 al. 1, 1ère phrase, LPGA implique 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 320 consid. 5.2 et les références; DTA 2006 p. 158). L'art. 53 al. 1 et 2 LPGA prévoit que l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle aucune autorité judiciaire ne s'est prononcée, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision formellement passée en force lorsque sont découverts des faits nouveaux importants ou de nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits avant, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 466 consid. 2c et les références). En ce qui concerne plus particulièrement la révision, l'obligation de restituer des prestations complémentaires indûment touchées et son étendue dans le temps sont

A/274/2014 - 16/19 - indépendantes de la bonne foi du bénéficiaire des prestations, car il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte du fait nouveau (ATF 122 V 134 consid. 2e). Les délais de l'art. 25 al. 2 LPGA sont des délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4; ATF 128 V 10 consid. 1). Ces délais ne peuvent par conséquent pas être interrompus. Lorsque l'autorité a accompli l'acte conservatoire que prescrit la loi, le délai se trouve sauvegardé, cela une fois pour toutes (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 271/04 du 21 mars 2006 consid. 2.5). D'après la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 124 V 380 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2). La caisse doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre d'une personne déterminée, tenue à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (ATF 133 V 579 consid. 5.1. non publié). Cette jurisprudence vise un double but, à savoir obliger l'administration à faire preuve de diligence, d'une part, et protéger l'assuré au cas où celle-ci manquerait à ce devoir de diligence, d'autre part (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1; ATF 110 V 304; voir également arrêt du Tribunal fédéral non publié 8C\_719/2008 du 1er avril 2009 consid. 4.1). En revanche, étant donné l'effet de publicité de l'inscription au RC - à la lecture duquel la qualité de membre du conseil d'administration est reconnaissable - la caisse de chômage est

réputée avoir eu connaissance d'emblée de l'appartenance du travailleur audit conseil, circonstance

A/274/2014 - 17/19 - excluant le droit de l'intéressé à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Un report du point de départ du délai au sens de l'arrêt ATF 110 V 306 consid. 2b n'entre pas en ligne de compte (ATF 122 V 270 consid. 5b/bb). Selon l'art. 930 CO, le registre du commerce est public; la publicité s'applique aux demandes d'inscription et aux pièces justificatives. D'après l'art. 932 al. 2 CO, l'inscription est opposable aux tiers dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription. Enfin en vertu de l'art. 933 al.1 CO, les tiers auxquels une inscription est devenue opposable ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ont ignorée. Le délai de péremption absolu de cinq ans commence à courir à la date du versement effectif de la prestation (ATF 112 V 180 consid. 4a; ATF 111 V 14 consid. 3 in fine). Il met un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur.

### **E. 11**

A titre préalable il convient d'examiner d'office si l'intimée a respecté le délai de péremption d'une année. Ainsi que le relève à juste titre le recourant, l'intimée disposait dès son inscription au chômage de tous les éléments lui permettant d'établir qu'il avait un statut d'indépendant pendant une grande partie du délai-cadre de cotisation, soit du 2 août 2008 au 23 octobre 2009 et qu'il ne pouvait par conséquent pas bénéficier d'une libération des conditions relatives à la période de cotisation. En effet, le recourant lui avait transmis un extrait du RC mentionnant son statut d'associé liquidateur de la SNC ainsi que le bilan de cette dernière. Dès lors, l'intimée a reconnu le droit du recourant à des indemnités de chômage par erreur en faisant preuve d'inattention. Au vu de l'effet de publicité de l'inscription au RC (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 68/01 du 3 juillet 2002 consid. 4), la caisse est réputée avoir eu connaissance d'emblée du statut d'associé de la SNC en nom collectif du recourant, circonstance excluant le droit de l'intéressé à une indemnité en cas de chômage. Dans cette éventualité, un report du point de départ du délai d'une année au sens de l'arrêt ATF 110 V 304 ne se justifie pas : le droit de restitution se périmé en ce qui concerne les indemnités versées plus d'un an avant le prononcé de la décision de restitution (ATF 122 V 276 consid. 5b/bb). Cette jurisprudence qui constitue un cas spécial (ATF 124 V 383 consid. 2a in fine) pose le postulat que lorsque l'erreur de la caisse porte sur un élément auquel est attaché un effet de publicité, ladite caisse doit se laisser opposer la fiction selon laquelle elle est réputée avoir connaissance d'emblée des circonstances excluant l'allocation des prestations en cause (le point de départ du délai d'une année coïncide alors avec la date du versement de ces prestations). Cette fiction trouve sa justification exclusivement dans l'opposabilité à tout tiers des faits contenus dans les registres publics (principe de la foi publique; cf. art. 970 al. 3 CC pour le registre foncier; art. 932 al. 2 CO pour le RC ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 68/01, op. cit., consid. 4).

A/274/2014 - 18/19 - Au regard de ce qui précède, la chambre de céans constate que l'intimée a eu connaissance d'emblée, à savoir lors de l'inscription du recourant au chômage, le 18 juin 2010, que celui-ci avait eu un statut d'indépendant pendant plus de 12 mois durant le délai-cadre de cotisation, de sorte que le délai de péremption d'une année a commencé à courir dès cette date. Par conséquent, en réclamant la restitution des prestations indues par décision du 17 décembre 2012, l'intimée n'a pas agi dans le délai d'une année arrivant à échéance le 17 juin 2011. Même à considérer, comme le soutient

l'intimée, qu'elle aurait été induite en erreur par l'attestation de l'employeur du 27 juin 2010, d'après laquelle le recourant n'avait ni fonction dirigeante dans la SA, ni participation financière, il n'en demeure pas moins que selon les IPA du mois de juin 2010, le recourant avait clairement informé l'intimée qu'il avait été indépendant de 2007 à 2009, ce qui était confirmé par l'extrait du RC et le bilan qu'il avait produits lors de son inscription le 18 juin 2010. Si l'intimée avait encore eu un doute à réception de l'IPA de juin 2010, le 24 juin 2010, il lui appartenait d'interpeller le recourant à ce sujet. Au vu des vacances estivales, une telle mesure d'instruction pouvait être menée dans un délai de trois mois, de sorte qu'au plus tard le 1er octobre 2010, l'intimée aurait pu en agissant de façon diligente, dissiper tout doute et demander la restitution des indemnités versées à tort au plus tard le 30 septembre 2011. En définitive, il convient d'admettre que l'intimée n'a pas respecté le délai de péremption d'une année (art. 25 al. 2 LPGA) de sorte qu'elle est forclosée dans son droit de réclamer au recourant la restitution des indemnités de chômage versées indûment.

#### **E. 12**

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. Par conséquent, la décision du 18 décembre 2013 est annulée. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 2'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 – RFPA; RS/GE 5 10.03). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/274/2014 - 19/19 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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