

## **GE\_GERICHTE A/3100/2007 vom 20. November 2007**

GE Cour de justice, 2007-11-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3100\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3100_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/3100/2007 du 20 novembre 2007

IT: GE\_GERICHTE A/3100/2007 del 20 novembre 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Le litige porte sur le droit de la caisse de réclamer à l'assurée le remboursement de la somme de 43'781 fr. 75. La caisse a considéré que l'assurée occupait une fonction dans la société Z \_\_\_\_\_ comparable à celle d'un employeur. Il a en effet constaté que l'assurée était inscrite au registre du commerce en qualité de gérante de la société Z \_\_\_\_\_ avec signature individuelle, aux côtés de Mesdames A \_\_\_\_\_ et C \_\_\_\_\_, toutes deux associées pour une part de 10'000 fr. chacune, sans signature. 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 à 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'indemnité 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. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'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 lorsque 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 des indemnités de chômage (ATF 123 V 238 consid. 7b/bb; SVR 2001 ALV n° 14 pp. 41-42 consid. 2a; DTA 2002 p. 184 consid. 2, 2000 n° 14 p. 70 consid. 2). Conformément à l'art. 811 al. 1 CO les associés dans la société à responsabilité limitée ont non seulement le droit, mais également l'obligation, de participer à la gestion de la société. En édictant cette disposition, le législateur est parti du principe que les personnes qui détiennent la société doivent également en assumer la direction (Watter, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, rem. 2 ad art. 811 CO, p. 1377; von Steiger, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Zürcher Kommentar, tome 5c, Zurich 1965, rem. 1 ad art. 811 CO, p. 439). A ce titre, les associés, respectivement les associés-gérants lorsqu'il en a été désignés, occupent collectivement une position comparable à celle du conseil d'administration d'une société anonyme (Watter, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, rem. 2 ad art. 811 CO, p. 1377); L'associé-gérant dispose ainsi ex lege du pouvoir de fixer les décisions que la société est amenée à prendre comme

employeur ou, à tout le moins, de les influencer considérablement au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Cette circonstance permet dès lors déjà, à elle seule, d'exclure son droit aux indemnités de chômage, sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'il exerce au sein de la société (ATF 122 V 273 : ATF du 30 août 2001, cause C. 71/2001). En l'espèce, l'assurée n'est pas inscrite au registre du commerce en qualité d'associée-gérante, mais de gérante simplement, sans participation financière, titulaire toutefois d'une signature individuelle, dont sont précisément dépourvues les associées elles-mêmes. La question de savoir si elle doit ou non être considérée comme exerçant au sein de Z \_\_\_\_\_ une fonction analogue à celle d'un employeur peut toutefois rester ouverte, dans la mesure où l'action de la caisse est quoi qu'il en soit prescrite.

#### **E. 7**

Selon l'art. 95 al. 4 LACI en effet, le droit de répétition se prescrit par une année après que l'organe qui a payé a eu connaissance des faits, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Nonobstant la terminologie légale, il s'agit d'un délai de péremption (ATF 124 V 382 consid. 1). D'après la jurisprudence, le délai de péremption 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 382 ). Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration (par exemple une faute de calcul d'une prestation), on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), 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 une administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part (ATF 110 V 304 ). Cependant, partant du principe que certains organes formels disposaient nécessairement du pouvoir de fixer les décisions de l'employeur, le TFA a admis, que, compte tenu de l'effet de publicité attaché à l'inscription au registre du commerce, le délai de péremption d'une année de l'art. 95 al. 4 LACI court d'emblée, dès le début du délai-cadre d'indemnisation, lorsque l'assuré commence à toucher des indemnités de chômage, et non seulement lorsque la caisse procède à un contrôle, dans un second temps (ATF 122 V 274 , consid. 5b). En l'espèce, le délai court dès lors dès le 1<sup>er</sup> décembre 2004, de sorte que force est de constater que la décision du 22 septembre 2006 n'a pas été rendue en temps utile. Il ne se justifie pas d'adopter une solution différente lorsque ce sont, comme en l'espèce, des indemnités de chômage qui ont été versées à tort et non des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail car les principes rappelés ci-dessus ne découlent pas de la réglementation spécifique de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, mais des règles du droit des sociétés en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs de l'associé-gérant et des effets attachés à l'inscription au registre du commerce (ATF du 30 août 2001, cause C. 71/2001). La caisse ne peut pas non plus se prévaloir de l'art. 96 LACI, selon lequel le bénéficiaire de prestations doit fournir aux caisses et aux autorités compétentes tous les renseignements nécessaires car cette disposition, dont la violation est sanctionnée par la suspension du droit à l'indemnité (art. 30 al. 1 let. e LACI), ne la dispense pas d'examiner d'office les conditions du droit aux prestations (art. 81 al. 1 let. a LACI); Il convient encore de relever que l'assurée n'a jamais caché qu'elle avait été engagée comme "consultante et gérante-marketing" par une société à responsabilité limitée. Ce terme de

gérante, mis en relation avec celui de Sàrl, aurait dû éveiller les soupçons de la caisse, à qui il aurait suffi de consulter le registre du commerce. Aussi y a-t-il lieu de constater que la prétention de la caisse était atteinte par la péremption lorsqu'elle a notifié à l'assurée la décision du 22 septembre 2006. L'assurée a requis l'octroi de dépens à hauteur de 2'500 fr., alléguant de la complexité particulière du dossier. Aux termes de l'art. 61 lettre g LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit à des dépens à titre de participation à ses frais et à ceux de son avocat. Le Tribunal de céans en estime le montant d'après l'importance et la complexité du litige, en fonction du nombre d'écritures, d'audiences et d'actes d'instruction. En l'espèce, ils seront fixés à 1'500 fr.

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