REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3100/2007 **ATAS/1350/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 20 novembre 2007

En la cause

Madame B_____ comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-André	recourante
contre	
SYNA CAISSE DE CHOMAGE, domicilié route du Petit-Moncor 1 case postale 11, 1752 VILLARS-SUR-GLANE 2	intimée

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame B_____ s'est inscrite auprès de l'OFFICE REGIONAL DE PLACEMENT (ci-après ORP) le 1er décembre 2002 et un délai-cadre a été ouvert en sa faveur de cette date au 1er décembre 2004. L'assurée a indiqué qu'elle avait travaillé comme cheffe de marketing chez X_____ jusqu'au 30 novembre 2002, date à laquelle son contrat de travail avait été résilié, au motif que Y_____ SA, filiale du groupe X_____, étant de plus en plus centralisée à Berne, n'avait pu lui proposer un poste à Genève.

2. L'assurée a été mise au bénéfice des indemnités de l'assurance-chômage versées par la CAISSE SYNA (ci-après la caisse) de décembre 2002 à janvier 2003.

3. Le 17 janvier 2003, Mesdames A_____ et C_____, respectivement sœur et belle-sœur de l'assurée, ont fondé la société Z_____, dont le but était le conseil en marketing et gestion. Elles ont engagé l'assurée le 3 février 2003 à 70% en qualité de "consultante marketing et gérante".

4. L'assurée a été mise au bénéfice d'indemnité de chômage en gain intermédiaire dès février 2003.

5. Un nouveau délai-cadre d'indemnisation a été ouvert du 2 décembre 2004 au 1er décembre 2006. Dans le formulaire ad hoc, l'assurée a indiqué, à la question 13, qu'elle recevait un salaire de Z_____ pour son travail de consultante et gérante marketing depuis le 1er février 2003, étant précisé qu'elle n'avait aucune participation financière dans cette société.

   Un avenant au contrat de travail a été établi le 19 août 2004, signé par Mesdames A_____ et C_____ d'une part et par l'assurée d'autre part, aux termes duquel son temps de travail était diminué à 30%.

   Son contrat de travail avec Z_____ a été résilié par Mesdames A_____ et C_____ le 10 mars 2006 avec effet au 31 mars 2006, en raison de la constante baisse du taux d'activité et du chiffre d'affaires de la société.

6. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a procédé à un contrôle du dossier les 29 et 30 mai 2006 et constaté, à la lecture d'un extrait du registre du commerce, que Mesdames A_____ et C_____ étaient associées de la société Z_____, pour une part de 10'000 fr. chacune, sans signature, et l'assurée, gérante, titulaire quant à elle de la signature individuelle.

7. Par décision du 22 septembre 2006, la caisse a ainsi considéré que l'assurée avait dans cette société une position comparable à celle d'un employeur et lui a réclamé le remboursement de la somme de 43'781 fr. 75, représentant les prestations versées à tort de décembre 2004 à mars 2006. La caisse a précisé que le montant réclamé ne

concernait que le deuxième délai-cadre, dès lors que le droit à l'indemnité est admis lorsque l'assuré était déjà au bénéfice de l'indemnité de l'assurance-chômage au moment de la fondation de la société au sein de laquelle il occupe une position comparable à celle d'un employeur et que le rapport de travail n'a pas encore été résilié. Le droit doit en revanche être nié dans un nouveau délai-cadre si sa situation dans l'entreprise n'a pas changé.

8. L'assurée, représentée par Maître Tal SCHIBLER, a formé opposition le 8 novembre 2006, invoquant la protection de la bonne foi et la péremption au sens de l'art. 95 al. 4 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI).

9. Par décision du 27 juin 2007, la caisse a rejeté l'opposition, estimant que l'assurée ne pouvait se prévaloir de la bonne foi dès lors qu'elle n'avait indiqué ni sur la demande d'indemnité de chômage ni sur la demande d'emploi exercer une fonction dirigeante dans la société Z_____. La caisse a par ailleurs rappelé que le délai de péremption ne commence à courir que dès le moment où l'administration aurait dû dans un deuxième temps se rendre compte de son erreur, soit en l'espèce lors de la révision du dossier par le SECO.

10. L'assurée, représentée par Maître Jacques-André SCHNEIDER, a interjeté recours le 14 août 2007 contre ladite décision sur opposition. Elle conteste avoir une fonction assimilable à celle d'un employeur dans la société Z_____, du fait qu'elle ne détient pas de participation financière, et n'est pas associée mais uniquement gérante. Certes était-elle titulaire de la signature individuelle, selon l'extrait du registre du commerce, il ne s'agissait toutefois que de pouvoirs étendus vis-à-vis de l'extérieur, son travail en qualité de gérante consistant à représenter la société dans les relations externes. Seules Mesdames A_____ et C_____, associées, prenaient les décisions importantes et géraient la société.

    L'assurée considère subsidiairement, que si le Tribunal de céans devait considérer qu'elle exerçait une fonction assimilable à celle d'un employeur, il conviendrait d'examiner si le comportement de l'administration à son encontre constituait une violation de l'art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Elle relève à cet égard avoir eu de fréquents contacts avec son conseiller et avoir entretenu avec lui d'excellentes relations. Celui-ci connaissait dès lors parfaitement sa situation au sein de la société Z_____.

    Elle invoque également la violation du principe de la bonne foi ainsi que du principe de l'égalité de traitement en matière de gain intermédiaire.

    Elle se réfère enfin à l'art. 25 al. 2 LPGA auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, relatif à la péremption. Elle reconnaît à cet égard que lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, 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 second temps se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. Elle souligne toutefois que tel n'est pas le cas lorsqu'il suffit à la caisse de consulter le registre du commerce pour se rendre compte de son erreur.

Elle conclut dès lors à l'annulation de la décision sur opposition du 27 juin 2007.

11. Dans sa réponse du 6 septembre 2007, la caisse a proposé le rejet du recours.

12. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 6 novembre 2007.

L'assurée a indiqué qu'elle était chargée des tâches administratives et commerciales concernant les relations externes de la société, que pour tout ce qui engageait la société financièrement, elle sollicitait l'accord des deux associées, de sorte qu'elle provoquait régulièrement des réunions à trois au cours desquelles les décisions importantes étaient prises. Interrogée sur la raison pour laquelle les deux associées n'avaient pas la signature, l'assurée a répondu qu'elle l'ignorait. Elle a précisé qu'elle signait tout ce qui concernait la gestion courante de la société ainsi que les attestations de gain intermédiaire. L'assurée a reconnu qu'elle procédait différemment pour les attestations de gain intermédiaire, sur lesquelles elle apposait un simple paraphe, soit ses initiales, et pour les formulaires d'indemnités IPA, qu'elle signait complètement. Elle a expliqué qu'elle distinguait ainsi les actes de la gestion courante au nom de la société, d'une part, de documents la concernant personnellement, d'autre part.

13. Sur ce, la cause a été gardée 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 loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière

du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

3. Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

   Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

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.

5. 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).

6. 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.

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 1er 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 société 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**.**

8. 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.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions des 22 septembre 2006 et 27 juin 2007.

3. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. 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
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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