

GE_GERICHTE ATAS/1018/2009 vom 13. August 2009

GE Cour de justice, 2009-08-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1018_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/1018/2009 du 13 août 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/1018/2009 del 13 agosto 2009

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (LACI; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 est applicable en l'espèce dès lors que les faits litigieux sont postérieurs au 1er janvier 2003 (cf. ATF 130 V 446 consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3ème révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003, sont régies par le même principe et sont donc applicables aux prestations dues dès le 1er juillet 2003.

E. 3

Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 31 octobre 2008 a été reçue le 3 novembre 2008 de sorte que le recours du 3 décembre 2008 a été formé en temps utile, le dernier jour du délai (art. 39 al. 1 et 60 al. 2 LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.

E. 4

Le litige porte sur le droit du recourant à l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage du 4 avril au 31 octobre 2003, plus particulièrement sur la question du gain assuré.

E. 5

Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont

A/4369/2008 - 11/20 - pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum. Par salaire normalement obtenu au sens de cette disposition, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 128 V 190 consid. 3, 123 V 72 consid. 3). Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses

contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur. Un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 131 V 444 consid. 3.2.1, 3.2.3 et ATF 128 V 189 consid. 3a/aa). Une créance de salaire contractualisée dans les comptes de la société ne peut en conséquence pas être prise en considération au titre de gain assuré (DTA 2001 n° 27 p. 225). Le salaire déterminant au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) comprend en particulier toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon les art. 25 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20) et 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM; RS 833.1), ne sont pas comprises dans le revenu de l'activité lucrative (art. 6 al. 2 let. b du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants [RAVS; RS 831.101]). Lorsque l'assuré est partie à un rapport de travail et qu'il ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, est déterminant le salaire qu'il aurait normalement obtenu (art. 39 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI] en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI). Un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 LACI). Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, ch. 303 p. 116). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'in-

A/4369/2008 - 12/20 - dédommément de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation d'indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail (ATFA non publié du 26 juin 2006, C 139/05, consid. 4.1).

E. 6

L'art. 23 al. 1 LACI ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral qui en a fait usage en édictant l'art. 37 OACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003). Cette disposition prévoit qu'en règle générale, est réputée période de référence pour le calcul du gain assuré, le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre relatif à la période d'indemnisation (al. 1). Sont réservées les exceptions prévues aux alinéas 2 à 4. L'art. 37 al. 1 OACI se réfère, à titre de règle générale, au dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre d'indemnisation. Afin d'atténuer l'effet de variations purement casuelles du revenu, la période de référence est portée à six mois en application de l'art. 37 al. 2 OACI lorsque l'écart entre le revenu ainsi déterminé et celui du seul dernier mois atteint 10% en valeur absolue (NUSSBAUMER, op. cit, ch. 315, p. 120). La caisse peut cependant se

fonder sur une période de référence plus longue, mais au plus sur les douze derniers mois de cotisations, lorsque le résultat obtenu en application des alinéas 1 et 2 se révèle injuste pour l'assuré (al. 3). Les exceptions prévues par ces deux derniers alinéas doivent ainsi permettre de tenir compte des fluctuations du revenu de l'assuré qui peuvent résulter, par exemple, de changements réitérés d'emplois, le cas échéant exercés à temps partiel, de la fixation du revenu en fonction du résultat (rémunération à la commission) ou encore du fait que l'assuré qui est partie à un rapport de travail durable n'est occupé que sur appel avec une fréquence variable, tels le personnel de vente auxiliaire et certains agents de compagnies privées de sécurité (ATF 121 V 172 consid. 4b et les arrêts cités).

E. 7

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe

A/4369/2008 - 13/20 - n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références).

E. 8

Ainsi que cela a été dit plus haut, le gain assuré est calculé sur la base du gain obtenu le dernier mois de cotisation précédant le début du délai-cadre, lequel a, dans le cas présent, été justement fixé par la caisse du 4 avril 2001 au 3 avril 2003. Or, en mars 2001, le recourant était incapable de travailler et, dans son arrêt du 17 novembre 2005 - entré en force -, le Tribunal de céans a eu l'occasion de constater que le recourant était toujours partie à un rapport de travail avec X_____ Sàrl. Durant ce mois de mars 2001, le recourant n'a pas touché de salaire de la part de X_____ Sàrl, mais il a reçu de la part de l'assurance perte de gain des indemnités journalières qui libèrent l'employeur de l'obligation de payer le salaire (cf. ATF non publié C 112/02 du 23 juillet 2002, consid. 2.1). Par conséquent, il y a lieu de tenir compte du salaire que l'assuré aurait normalement obtenu durant cette période (art. 39 OACI en corrélation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI; cf. DTA 1999 n° 7 p. 28 consid. 2a) et non des indemnités journalières qui lui ont été versées en vertu des art. 324a al. 4 CO et 324b CO (ATF non publié C 336/05 du 7 novembre 2006, consid. 4.1). Le recourant allègue que ce salaire était de 8'667 fr. en se basant sur son compte individuel AVS, le salaire assuré dans le cadre de l'assurance perte de gain et les cotisations versées en LPP. L'intimée soutient pour sa part qu'il s'agit d'un salaire contractuel convenu fictivement entre les parties et que, faute de preuve du versement

d'un tel salaire, le droit du recourant à une indemnité journalière doit être nié. En l'espèce, le recourant était associé gérant avec signature individuelle de X_____. Sàrl, société qui appartenait à Monsieur W_____, associé principal sans signature, décédé le 29 janvier 2001. Le recourant ne disposait d'aucun contrat de travail écrit, ni de décompte de salaire. Depuis le décès de l'associé principal, la société n'a plus eu d'activité mais est néanmoins restée inscrite au RC. Selon le compte individuel AVS du recourant, X_____ Sàrl a versé des cotisations de mai à juillet 2000, sur la base d'un salaire total de 24'000 fr. - correspondant à un salaire mensuel de 8'000 fr. Le décompte de sortie du 23 septembre 2003 de la FONDATION COLLECTIVE LPP de ZURICH, COMPAGNIE SUR LA VIE, fait état d'une couverture d'assurance du 1er mai 2000 au 31 juillet 2002. De plus, la liste des primes et frais du 23 septembre 2003 concernant X_____ Sàrl mentionne un salaire annoncé de 106'800 fr. - correspondant à un salaire mensuel de 8'215 fr. dans l'hypothèse où le salaire est versé treize fois par année. Le recourant a également produit trois chèques établis par X_____ Sàrl en sa faveur, qui n'ont pas été signés de sa main (un de 7'000

A/4369/2008 - 14/20 - euros, daté du 30 avril 2000 et portant la mention « salaire d'avril et frais », un de 9'000 euros, daté du 22 mai 2000 et portant la mention « salaire de mai et frais », et un de 11'500 euros, établi le 28 juin 2000 et portant la mention « salaire de juin et frais »), soit un montant total de 27'500 euros - correspondant globalement à 41'000 fr. - qui, au regard des autres éléments concordants, rend vraisemblable le versement d'un salaire mensuel d'environ 8'000 fr. de mai à juillet 2000, même si ces éléments ne permettent pas de distinguer la part de salaire et de frais. En effet, les cotisations AVS et LPP confirment un tel salaire mensuel de 8'000 fr. de sorte qu'en tenant compte de toutes les circonstances, il faut admettre qu'au degré de preuve de la vraisemblance prépondérante, X_____ Sàrl s'est non seulement acquittée des cotisations sociales sur la base d'un salaire mensuel d'environ 8'000 fr. mais a également versé ce salaire au recourant de sorte qu'il ne s'agit pas d'un salaire fictif. En effet, en produisant une copie des trois chèques, le recourant a apporté un élément probatoire supplémentaire, qui ne peut pas être influencé par lui-même, établissant qu'il a réellement perçu un salaire ainsi que l'exige la jurisprudence. Contrairement à ce que soutient l'intimée, la situation n'est pas comparable à celle qui prévalait dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt publié dans DTA 2001 n° 27 p. 225. Dans cette affaire, l'assuré n'avait jamais reçu de salaire durant ses périodes d'activité au service de l'employeur; le salaire contractuel - convenu fictivement entre les parties - ne pouvait dès lors pas être pris en considération (comp. aussi avec DTA 1999 n° 7 p. 28 consid. 2). Il convient à présent d'établir le montant précis de ce salaire. Le recourant a cotisé à raison de 8'000 fr. à l'AVS. Il a par ailleurs cotisé sur la base d'un revenu annuel de 106'800 fr. en LPP et en assurance perte de gain. Il ressort des explications de cette dernière en date du 5 août 2008 que, dans sa déclaration de sinistre du 25 juillet 2000, X_____ Sàrl a mentionné un salaire de 104'000 fr. (correspondant à un salaire de base de 96'000 fr. et à une gratification de 8'000 fr.) La divergence de chiffres entre les divers documents fournis par le recourant quant au montant du salaire doit être prise en considération dans le calcul du gain assuré déterminant (ATF 131 V 444 consid. 3.3). Le défaut de preuve quant au salaire exact versé n'entraîne pas la négation du droit à l'indemnité mais doit être interprété en défaveur de l'assuré (ATF non publié 284/05 du 25 avril 2006, consid. 2.5). Par conséquent, au vu de la différence des revenus sur lesquels les cotisations ont été payées en AVS par rapport à la LPP et l'assurance perte de gain, il convient de retenir un gain assuré de 8'000 fr.

E. 9

Il reste à déterminer si l'activité que le recourant a exercée en faveur de Z_____ SA est une activité accessoire étendue. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Si plusieurs rapports de travail courent parallèlement, est réputée durée normale de travail l'horaire hebdomadaire de tra-

vail normal de l'activité principale. Cela vaut même si le gain accessoire est supérieur au gain retiré de l'activité principale. Si l'assuré exerce deux activités à temps partiel au même taux d'occupation, est réputée accessoire l'activité lui procurant le gain le plus bas. [Circulaire 2007 du SECO relative à l'indemnité de chômage (ci-après : IC), C8]. Un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage. Par contre, si l'assuré étend son activité accessoire, le gain supplémentaire qu'il en tire sera considéré comme gain intermédiaire (IC, C9). En l'espèce, le recourant a débuté son activité accessoire d'administrateur avec signature individuelle de Z_____ SA, le 28 août 2002, ainsi que cela ressort de l'inscription au RC. Dans sa demande d'indemnités de chômage du 4 avril 2003, il a indiqué que cette activité l'occupait depuis le 31 août 2002, le soir et des jours isolés. Dans son courrier du 18 août 2003 répondant aux questions de la SACH, il a précisé, qu'elle lui prenait un maximum de deux heures par mois. Dans une attestation du 14 novembre 2003, Z_____ SA a confirmé que l'activité déployée par le recourant ne dépassait pas deux à trois heures mensuelles. Lors de l'audience du 6 octobre 2005 dans le cadre de la procédure judiciaire précédente (A/1259/2004), il a déclaré que sa tâche consistait à trouver des locaux, concevoir un papier à en-tête pour le deuxième semestre 2003, se rendre auprès de la fiduciaire et du notaire. Il a confirmé que ladite activité représentait quelques heures de travail par mois. Par conséquent, le recourant a toujours affirmé que son activité d'administrateur lui prenait quelques heures par mois et ses déclarations sont confirmées par l'attestation de son employeur du 14 novembre 2003. Or, même si les actionnaires de la SA étaient en stage à l'étranger et ne pouvaient pas forcément vérifier le temps de présence du recourant, ce dernier n'a pas varié dans ses déclarations qui sont, au demeurant, confirmées par la modicité de l'indemnisation reçue pour son activité d'administrateur. Faute d'éléments contraires, il n'y a pas lieu de considérer que la durée du travail du recourant ne peut pas être déterminée et qu'il s'agit d'une activité à plein temps dont le salaire doit être fixé fictivement conformément aux usages de la branche (IC, C 134). L'extrait du compte individuel AVS de l'assuré fait état, s'agissant de Z_____ SA, de cotisations prélevées sur la base d'un revenu de 1'000 fr. pour l'année 2002, de 10'682 fr. pour l'année 2003 et de 18'900 fr. pour l'année 2004. Le certificat de salaire établi par Z_____ SA en faveur du recourant en date du 24 août 2004 mentionne un salaire de 10'862 fr. 50 pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2003. Sur demande de l'intimée, dans son courriel du 27 novembre 2006, le recourant a précisé qu'il avait gagné chez Z_____ SA 1'000 fr. en 2003 et que le solde avait été obtenu pour novembre et décembre. Puis, dans son courrier du 31 mars 2007, il a confirmé qu'il avait réalisé le gain de 10'682 fr. en novembre et décembre 2003 exclusivement. Enfin, l'attestation du 25 juillet 2007 établie par Z_____ SA et la fiduciaire XA_____ & Cie SA

A/4369/2008 - 16/20 - confirme que le recourant a reçu un défraiement de 1'000 fr. en 2002 et 2003 pour son activité d'administrateur. S'agissant du gain accessoire en tant

qu'administrateur de Z_____ SA, il est établi que le recourant a obtenu un défraiement de 1'000 fr. en 2002 et 2003 puisque les allégations du recourant ont été confirmées par le réviseur de la société. Par conséquent, ledit gain accessoire n'est pas un gain étendu et n'est donc pas considéré comme un gain intermédiaire de sorte que le gain assuré s'élève à 8'000 fr.

E. 10

Il reste à déterminer si l'indemnisation du recourant doit se faire du 4 avril jusqu'au 30 septembre 2003 ou jusqu'au 31 octobre 2003. Les données de contrôle du mois d'octobre 2003 mentionnent le code 420 dès le 1er octobre qui signifie gain intermédiaire. Toutefois, le recourant a annulé son inscription au chômage en date du 13 novembre 2003 avec effet au 1er novembre 2003 parce qu'il avait trouvé un emploi. Même s'il y a effectivement une contradiction entre les données de contrôle d'octobre 2003 et l'IPA du mois d'octobre 2003, rien ne permet de considérer que les déclarations de la première heure l'emportent comme le soutiennent le SECO et l'intimée. En effet, d'une part, le recourant a toujours soutenu que son conseiller avait commis une erreur en mentionnant le code 420 et, d'autre part, il n'a pas rempli d'IPA pour le mois d'octobre 2003 avant 2006 semble-t-il parce qu'il attendait qu'un remplaçant soit désigné à son conseiller ainsi qu'il l'a indiqué dans son courriel du 8 juin 2006. Or, le certificat de salaire établi par Z_____ SA en date du 24 août 2004 ne fait état d'un salaire que pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2003 ce qui confirme que le recourant n'a pas eu de gain intermédiaire avant cette période et qu'il a donc droit à l'indemnité de chômage jusqu'au 31 octobre 2003.

E. 11

L'intimée relève que l'attestation du 25 juillet 2007 ne contient pas d'information relative aux heures effectuées par le recourant auprès de Z_____ SA. Elle reproche à ce dernier de ne pas avoir rempli d'attestation de gain intermédiaire pour chaque mois et de ne s'être jamais prononcé quant aux heures effectuées. Elle en déduit une violation de son devoir de renseigner justifiant une décision négative due aux informations manquantes. Conformément à l'art. 43 LPGA, si l'assuré ou d'autres requérants refusent de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière (al. 2). Il doit leur avoir adressé une mise en demeure écrite les avertissant des conséquences juridiques et leur impartissant un délai de réflexion convenable (al. 3). L'assureur ne peut se prononcer en l'état du dossier ou refuser d'entrer en matière que s'il ne lui est pas possible d'élucider les

A/4369/2008 - 17/20 - faits sans difficultés ni complications spéciales, malgré l'absence de collaboration de l'assuré (ATFA non publié U 316/06 du 6 juillet 2007, consid. 3.1.1). Il est vrai que le recourant a fait preuve de beaucoup de mauvaise volonté face aux demandes de renseignements de l'intimée, allant même jusqu'à annuler un entretien destiné à trouver une solution une fois pour toutes aux divers problèmes en suspens. Il est également vrai que l'intimée a demandé au recourant à plusieurs reprises des précisions et des pièces que ce dernier avait déjà communiquées auparavant ou qui étaient inutiles, ce qui n'a pas manqué d'irriter l'intéressé. Toutefois, contrairement à ce que soutient l'intimée, le recourant avait déjà donné les précisions nécessaires quant à ses heures de travail en tant qu'administrateur de Z_____ SA dans sa demande d'indemnités de chômage du 4 avril 2003, dans son courrier du 18 août 2003, dans l'attestation de Z_____ SECURITY SA du 14

novembre 2003 et lors de l'audience du 6 octobre 2005. Même si certains de ces renseignements ne lui ont pas été communiqués directement, la caisse aurait pu demander sans difficultés, ni complications spéciales à consulter le dossier de l'OCE dans lesquels ils figuraient. Au sujet de l'attestation de gain intermédiaire, il ressort du téléfax du 22 novembre 2006 que le recourant a pris l'initiative de ne remplir qu'une seule attestation de gain intermédiaire pour la période du 1er mars au 31 octobre 2003 car, pour un revenu mensuel de 83 fr. 35, il ne jugeait pas très utile d'en remplir une chaque mois et supposait que l'intimée était d'accord. Puis par e-mail du 24 novembre 2006, il a observé qu'il n'avait pas eu de nouvelles de l'intimée et en a conclu que le document faxé correspondait à son attente. Lors de son instruction complémentaire du 7 décembre 2006, l'intimée n'a pas réclamé un formulaire par mois. Ce n'est que le 2 mars 2007 qu'elle a formulé cette exigence afin de connaître le nombre d'heures passées chaque mois à cette fonction. Or, on ne voit pas en quoi le fait de ne remplir qu'un seul formulaire pour toute la période concernée en indiquant qu'aucune durée hebdomadaire de travail n'avait été convenue a une incidence sur la détermination du nombre d'heures de travail puisque l'employeur avait déjà confirmé dans son attestation du 14 novembre 2003 que l'activité du recourant ne dépassait pas les deux à trois heures mensuelles. Par conséquent, l'intimée ne peut pas prétendre que l'absence de ces renseignements et des attestations mensuelles de gain intermédiaire l'ont contrainte à rendre une décision négative en l'état du dossier.

E. 12

Dans un second moyen, le recourant réclame des intérêts moratoires. L'art. 26 al. 2 LPGA (en liaison avec les art. 6 et 7 OPGA) prévoit que des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe. Selon l'art. 7 al. 1 OPGA, le taux de l'intérêt moratoire est de 5 % par an.

A/4369/2008 - 18/20 - En l'espèce, le droit du recourant à des indemnités de chômage pour la période du 4 avril au 31 octobre 2003 a pris naissance il y a plus de 24 mois et il s'est écoulé plus de 12 mois depuis sa demande de prestations de sorte qu'il a en principe droit à des intérêts moratoires pour autant qu'il ait respecté son obligation de collaborer. Or, ainsi qu'il ressort des développements précédents, même si le recourant a fait preuve de mauvaise volonté pour répondre aux actes d'instruction de l'intimée, il n'en a pas pour autant violé son obligation de collaborer dès lors qu'il n'a pas refusé de manière inexcusable de se conformer à l'obligation de collaborer ou de renseigner au sens de l'art. 43 al. 3 LPGA. Par conséquent, il a droit à des intérêts moratoires à 5 % dès le 4 avril 2005.

E. 13

Dans un troisième moyen, le recourant demande à être dédommagé intégralement des frais encourus, soit 20 heures de travail à 400 fr. (hors TVA), pour le travail de l'avocat auquel il a dû faire appel en raison de la légèreté tendant à la témérité avec laquelle l'intimée a traité son dossier. Autrement dit, le recourant soutient que l'intimée lui a causé un dommage. Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice

par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 131 V 164 consid. 2.1 et 125 V 413 consid. 1a). L'obligation des assureurs de répondre des dommages causés illicitement à un assuré ou à des tiers par leurs organes d'exécution ou par leur personnel est prévue à l'art. 78 LPGA. La demande en réparation doit être présentée à l'autorité compétente, qui se prononce par une décision (art. 78 al. 2 LPGA). Il appartient aux lois spéciales de déterminer quelle autorité est compétente et pour quelle assurance (rapport du 26 mars 1999 de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé [CSSS], FF 1999 4317). En matière d'assurance-chômage, l'art. 85h LACI prévoit à cet effet que les demandes en réparation doivent être adressées à l'autorité cantonale compétente, qui statue par voie de décision. Selon l'art. 3 du règlement d'exécution de la loi genevoise en matière de chômage (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 janvier 2008, RMC), l'autorité cantonale compétente au sens de la LACI est l'OCE (al. 1). En l'occurrence, faute de compétence à ce sujet, la caisse n'a rendu aucune décision au sujet de sa responsabilité éventuelle pour un dommage causé illicitement à l'intéressé, de sorte qu'un jugement ne peut être rendu sur ce point. La conclusion du recourant est dès lors irrecevable.

A/4369/2008 - 19/20 -

E. 14

Au vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis et les décisions du

E. 16

juillet 2007 ainsi que du 31 octobre 2008 annulées. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/4369/2008 - 20/20 -

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