

## **GE\_GERICHTE ATAS/240/2009 vom 27. Februar 2009**

GE Cour de justice, 2009-02-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_240\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_240_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/240/2009 du 27 février 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/240/2009 del 27 febbraio 2009

### **Regeste**

Résumé: La recourante, ressortissante française qui a travaillé en France alors qu'elle s'est établie en Suisse, remplit les conditions pour se voir qualifier de travailleur frontalier au sens du règlement 1408/71. En outre, l'exception du principe de totalisation des cotisations au sens du protocole à l'annexe II de l'ALCP ne peut lui être opposée car elle a bénéficié d'un permis L frontalier et non d'un permis saisonnier. Dès lors la caisse de chômage devait prendre en compte les périodes d'assurance françaises pour établir son droit aux prestations de l'assurance-chômage suisse.

### **Erwägungen**

#### **E. 25**

novembre 2002 au 23 janvier 2006, la caisse lui a ouvert le droit à des indemnités dès le 3 avril 2006, conformément à la législation européenne qui permet au travailleur frontalier au chômage complet de recevoir des prestations selon la législation de l'Etat de résidence. 11. Le 17 septembre 2006, l'assurée a interjeté recours contre cette décision en concluant, sous suite de dépens, d'une part, à ce que ses indemnités soient calculées sur la base d'un gain assuré de 8'400 fr. - représentant le salaire usuel moyen des salariés actifs dans le domaine juridique à Genève -, d'autre part, à ce que lui soit octroyé un montant de 5'000 fr. à titre de réparation pour le dommage subi en raison d'une violation du droit communautaire. Une procédure a été ouverte devant le Tribunal de céans (A 3358/2006). 12. La CCGC a alors rendu plusieurs décisions concernant l'assurée, qu'il convient de résumer comme suit : a) Par décision du 13 septembre 2006, la CCGC a refusé d'indemniser l'assurée durant le mois de mai 2006 au motif qu'elle n'avait remis le formulaire « Indication de la personne assurée » (IPA) que le 12 septembre 2006, c'est-à-dire tardivement. L'assurée a formé opposition à cette décision en date du 14 octobre 2006. Par décision sur opposition du 31 janvier 2007, la CCGC a confirmé le refus d'indemnités de chômage pour le mois de mai 2006. Le 6 mars 2007 l'assurée a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal de céans et une procédure a été ouverte (A/907/2007). b) Le 24 octobre 2006, la CCGC a rendu une décision portant sur le gain assuré et fixant ce dernier à 3'374 fr. dès le 3 avril 2006. Le 27 novembre 2006, l'assurée a formé opposition à cette décision en alléguant avoir travaillé en Suisse les 2 et 3 février 2006, pour la société

A/3358/2006 - 4/18 - Y\_\_\_\_\_ SA, et avoir perçu pour ces deux jours de travail un salaire de 1'000 fr. Dans un courrier du 26 février 2007, la CCGC a relevé avoir récemment appris d'une part, que ni l'assurée ni la société Y\_\_\_\_\_ n'avaient présenté de demande d'autorisation de travail à l'OCP alors qu'en février 2006, le permis de séjour de l'intéressée ne l'autorisait pas à exercer une activité lucrative, d'autre part, que l'assurée s'était vu octroyer un permis L, lequel ne permettait pas de comptabiliser la totalité des périodes d'assurance, vu le régime dérogatoire prévu par le Protocole de l'annexe II de

l'ALCP. Considérant ces éléments, la CCGC a informé l'assurée qu'elle envisageait de revenir sur sa décision du 17 août 2006 - aux termes de laquelle elle lui avait reconnu un droit à l'indemnité sur la base des faits qui lui étaient alors connus, c'est-à-dire sa dernière activité en France - et de lui refuser le droit à l'indemnité de chômage avec effet rétroactif au 3 avril 2006. S'agissant d'une nouvelle décision en défaveur de l'assurée, la CCGC lui a imparti un délai au 15 mars 2007 pour indiquer si elle maintenait son opposition à sa décision du 24 octobre 2006. Ce à quoi l'assurée a répondu, en date du 15 mars 2007, qu'elle maintenait son opposition à la décision du 24 octobre 2006. Par décision sur opposition du 18 avril 2007, la CCGC est revenue sur sa décision du 24 octobre 2006 et l'a déclarée « nulle et inexistante » vu que le droit aux indemnités de chômage devait être nié rétroactivement au 3 avril 2006. La CCGC a annoncé qu'une décision de remboursement serait adressée séparément à l'assurée. Par acte du 20 mai 2007, l'assurée a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal de céans et une procédure a été ouverte (A/1950/2007). c) Par décision du 29 janvier 2007, la CCGC a par ailleurs déclaré la demande en réparation de l'assurée irrecevable. d) Par décision du 19 avril 2007, la CCGC a nié le droit aux indemnités de chômage avec effet rétroactif au 3 avril 2006 et demandé le remboursement de 17'244 fr. 90 à titre d'indemnités indûment touchées. Le 19 mai 2007, l'assurée a formé opposition à cette décision. 13. Par ordonnances des 25 mai 2007 et 2 juillet 2007, le Tribunal de céans a ordonné la jonction des causes A/3358/2006 (date de départ des indemnités) et A/907/2007

A/3358/2006 - 5/18 - (droit à l'indemnité en mai 2006) puis A/1950/2007 (gain assuré) sous le numéro de cause A/3358/2006 et réservé la suite de la procédure. 14. Par arrêt incident du 20 septembre 2007, le Tribunal de céans a en outre suspendu l'instance A/3358/2006 dans l'attente que la CCGC statue sur l'opposition formée contre sa décision du 19 avril 2007 portant sur le droit à l'indemnité de l'assurée. Le Tribunal de céans a en effet considéré qu'il ne pouvait pas statuer sur la date de départ des indemnités de chômage, le gain assuré, les indemnités de mai 2006 ou encore la demande en réparation du dommage tant que le principe du droit aux indemnités de chômage n'aurait pas été tranché par la CCGC. 15. Par courrier du 22 octobre 2007, la CCGC a imparti à l'assurée un délai au 19 novembre 2007 pour motiver son opposition faute de quoi, cette dernière serait déclarée irrecevable. 16. Dans son complément d'opposition du 16 novembre 2007, l'assurée a notamment rappelé que, selon le droit européen, le travailleur ayant perçu une prestation sociale à la place de son salaire lors de son activité salariée a droit à des indemnités de chômage sur la base d'un salaire déterminant dans le pays de destination du travailleur migrant. Elle a allégué que la directrice du Service des permis à l'OCP lui avait accordé oralement le droit de travailler dans l'attente de la délivrance de son permis en lui confirmant qu'en raison de sa citoyenneté européenne, l'OCP ne pouvait l'empêcher de travailler en Suisse. 17. Par décision sur opposition du 27 juin 2008, la CCGC a confirmé sa décision du 19 avril 2007. La CCGC a considéré qu'en vertu de l'ALCP, l'assurée ne pouvait pas être qualifiée de travailleuse frontalière puisqu'elle avait été domiciliée en Suisse avec un permis B sans autorisation d'exercer une activité lucrative, puis avec un permis L d'une durée inférieure à un an, et qu'elle avait travaillé pendant deux jours en Suisse avant son inscription au chômage. Elle ne remplissait pas l'exigence minimale de cotisation de douze mois car les périodes de cotisation en France, mentionnées dans le formulaire E 301, ne pouvaient pas être prises en compte en raison du Protocole à l'annexe II de l'ALCP. La CCGC a dès lors nié à l'assurée le droit aux indemnités de chômage, avec effet rétroactif au 3 avril 2006, et lui a réclamé le remboursement des indemnités qui lui avaient été versées à tort du 3 au 30

avril 2006 et du 1er juin au 31 décembre 2006, représentant un montant total de 17'244 fr. 90. 18. Par acte du 18 août 2008, l'assurée a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal de céans.

A/3358/2006 - 6/18 - Elle conclut à l'annulation de la décision du 27 juin 2008, au rétablissement de ses droits et à la réparation du préjudice subi. La recourante soutient que le seul motif qui permettrait à la CCGC de revenir sur sa décision de lui reconnaître le droit à des indemnités serait une fraude au chômage, fraude qui n'a pu être démontrée. Quant au permis L qui lui a été octroyé et qui ne lui permettait pas d'exercer d'activité lucrative, la recourante soutient qu'il était entaché de nombreuses et grossières erreurs puisqu'il contredisait la lettre de l'OCP de septembre 2006 et ne permettait pas de travailler en Suisse - contrairement à celui accordé à sa fille, âgée d'un an. La recourante ajoute qu'elle n'était pas soumise au contingent des permis B puisqu'elle est venue en Suisse pour regroupement familial. Elle relève que l'OCP a reconnu son erreur puisque, suite à sa demande de réouverture de dossier, il lui a octroyé un nouveau permis B l'autorisant à travailler avec effet au 10 avril 2005. La recourante reproche à l'intimée de confondre le permis L avec le permis de saisonnier et ajoute que même dans cette éventualité, elle serait indemnisable par la Suisse dès lors qu'elle travaillait en France et résidait en Suisse. Selon la recourante, en refusant d'indemniser les frontaliers titulaires d'un permis L - alors que ceux-ci sont exclus de tout système d'indemnisation au motif qu'ils ne retournent pas dans leur pays d'origine - la CCGC contrevient au droit européen qui ne permet pas la perte de droit pour les travailleurs migrants. 19. Par téléfax du 20 octobre 2008, la recourante a produit une copie de son permis B mentionnant le 10 avril 2005 comme date d'entrée en Suisse, une validité jusqu'au 9 avril 2010 et l'autorisation d'exercer une activité lucrative. 20. Dans sa réponse du 22 octobre 2008, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle relève qu'au moment de son inscription au chômage, la recourante était titulaire d'un permis B sans autorisation d'exercer une activité lucrative car elle avait obtenu ce titre en raison d'un regroupement familial et était au bénéfice d'un contrat de travail en France. L'intimée souligne que la recourante ne l'a pas informée de l'obtention d'un permis L en date du 8 août 2006 et qu'elle n'a pas eu connaissance du courrier de l'OCP daté de septembre 2006 mentionné par la recourante. L'intimée allègue que le permis L n'a pas été accordé par erreur mais parce que les contingents annuels étaient dépassés; ceux-ci n'ont été supprimés que le 1er juin 2007, au terme de la période transitoire de cinq ans depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP. Enfin, l'intimée souligne que le permis B avec autorisation de travailler, obtenu par la recourante au mois de septembre 2007, n'a aucune valeur rétroactive; il ne fait que mentionner la date d'entrée en Suisse.

A/3358/2006 - 7/18 - 21. Le 23 octobre 2008 le Tribunal a communiqué cette écriture à la recourante et lui a donné la possibilité de faire d'éventuelles remarques. La recourante n'ayant pas fait usage de cette faculté, 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'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) 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 LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, de même que 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

applicables en l'espèce dès lors que les faits litigieux sont postérieurs au 1er janvier 2003, respectivement au 1er juillet 2003 (cf. ATF 130 V 446 consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). 3. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). Le recours, interjeté le 18 août 2008 contre la décision sur opposition du 27 juin 2008, a été formé en temps utile compte tenu du fait que les délais ont été suspendus du 15 juillet au 15 août (art. 38 al. 4 let. b et 60 al. 2 LPGA). Respectant en outre la forme prescrite par la loi, le recours est recevable. 4. Le litige porte sur le droit de la recourante aux indemnités de l'assurance-chômage en Suisse alors qu'elle a principalement cotisé et travaillé en France. 5. En vertu de l'art 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant, notamment, qu'il soit domicilié en Suisse (let. c) et remplisse les conditions relatives à la période de cotisation ou qu'il en soit libéré (let. e). La condition du domicile doit être remplie non seulement à l'ouverture du délai- cadre mais pendant tout le temps où l'assuré touche l'indemnité, ceci afin d'empêcher l'exportation de l'indemnité de chômage. La seule exception à cette règle est l'exportation des prestations pendant une période limitée aux fins de rechercher du travail dans un Etat de l'espace UE/AELE (Secrétariat d'Etat à l'économie [ci-après : SECO], Circulaire relative à l'indemnité de chômage 2007 ch. B135). Aux termes de l'art. 12 LACI, en dérogation à l'art. 13 LPGA, les étrangers sans permis d'établissement sont réputés domiciliés en Suisse aussi longtemps qu'ils y habitent, s'ils sont au bénéfice soit d'une autorisation de séjour leur permettant d'exercer une activité lucrative, soit d'un permis de saisonnier. Les étrangers non titulaires d'un permis d'établissement ne remplissent donc la condition de domicile

A/3358/2006 - 8/18 - en Suisse que tant qu'ils sont en possession d'une autorisation de séjour de police des étrangers les habilitant à exercer une activité lucrative (...). Si ces personnes tombent au chômage et qu'elles sont en possession d'un titre de séjour délivré par la police des étrangers les autorisant à exercer une activité lucrative en Suisse, elles remplissent les conditions du domicile en Suisse et de l'aptitude au placement jusqu'à l'expiration de leur autorisation (SECO, Circulaire relative à l'indemnité de chômage 2003 ch. B75 et B76a). Quant à la période de cotisation, l'art. 13 al. 1 LACI prévoit que celui qui, dans les limites du délai-cadre, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisations, en remplit les conditions. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 2 et 3 LACI). L'art. 13 LACI se rapporte à l'obligation de cotiser et implique donc, par principe, l'exercice d'une activité soumise à cotisation en Suisse (ATF 128 V 186 consid. 3b). 6. Aux termes de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP), les ressortissants de la CE et de l'AELE reçoivent une autorisation de séjour de courte durée CE/AELE, une autorisation de séjour CE/AELE ou une autorisation frontalière CE/AELE en application des dispositions de l'Accord sur la libre circulation des personnes ou de la Convention instituant l'AELE (art. 4 al. 1). D'après l'art. 3 al. 9 du règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1er mars 1949 (RSEE; abrogé avec effet au 1er janvier 2008), la permission d'exercer une activité lucrative fait partie de l'autorisation de séjour et, comme telle, est régie par l'art. 15 al. 2 de la loi (abrogée avec effet au 1er janvier 2008). Selon l'art. 5 al. 1 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE; abrogé au 1er janvier 2008), la population résidente permanente de nationalité étrangère comprend les étrangers titulaires d'un permis de séjour ou d'établissement et les fonctionnaires internationaux. En vertu de l'art. 12 al. 1 OLE, le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums pour les résidents à l'année qui, pour la première fois, viennent exercer une activité lucrative ou en

entreprennent une (let. a) et pour les personnes séjournant pour une courte période (let. c). Pour les séjours d'une durée supérieure à un an, les cantons peuvent délivrer des autorisations à l'année, dans les limites des nombres maximums mentionnés dans l'appendice 1 al. 1 let. a. (art. 14 al. 1 OLE). Les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour de courte durée d'une durée d'un an au plus, dans les limites des nombres maximums fixés dans l'appendice 2 al. 1 let. a (art. 20 al. 1 OLE). Les autorisations pour des séjours de courte durée selon l'art. 20 peuvent être exceptionnellement prolongées jusqu'à une durée totale de 24 mois au plus si l'employeur reste le même (art. 25 al. 4).

A/3358/2006 - 9/18 - 7. L'intimée soutient que la recourante a perdu le statut de travailleur frontalier en travaillant deux jours en Suisse et qu'elle ne remplit pas les conditions relatives à la période de cotisation. Quant à elle, la recourante allègue d'une part, que si son autorisation de séjour ne mentionne pas l'autorisation d'exercer une activité lucrative, c'est en raison d'une erreur de l'OCP, d'autre part, qu'elle remplit les conditions de cotisation en application du principe de totalisation des périodes d'emploi prévu par la législation européenne et applicable en vertu de l'ALCP. 8. Il convient d'abord d'examiner si et, le cas échéant, à partir de quand, la condition du domicile a été remplie. a) En l'espèce, la recourante a travaillé du 25 novembre 2002 au 23 janvier 2006 en France et s'est établie à Genève dès le 10 avril 2005 chez le père de son enfant à naître. Dès le 17 mai 2005, elle a obtenu une autorisation de séjour de type B, valable jusqu'au 9 avril 2007, précisant qu'une activité lucrative n'était pas autorisée en Suisse. Puis, elle a bénéficié d'un congé maternité dès le 11 septembre 2005 et, à la fin de celui-ci, a résilié son contrat de travail par courrier du 4 janvier 2006. Le 3 avril 2006, elle s'est annoncée comme demandeur d'emploi à l'OCE. Le permis de séjour dont la recourante était titulaire lors de son inscription auprès de l'OCE ne lui donnait pas droit aux indemnités de chômage au sens de l'art. 12 LACI, puisqu'il ne lui permettait pas d'exercer une activité lucrative. C'est la raison pour laquelle, le 14 juin 2006, l'intimée lui a demandé de régulariser sa situation auprès l'OCP afin d'obtenir un permis de séjour avec autorisation de travailler. En effet, la recourante ne peut pas se prévaloir de la législation européenne pour prétendre pouvoir rechercher librement un travail en Suisse. Certes, en vertu de l'art. 7 al. 1 LSEE, les étrangers mariés à un citoyen suisse jouissent, en principe, d'un droit de séjour en Suisse pendant toute la durée formelle du mariage et, selon la jurisprudence, un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 par. 1 CEDH pour obtenir une autorisation de séjour pour autant qu'il existe une relation étroite et effective entre lui-même et une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (c'est-à-dire au moins un droit certain à une autorisation de séjour: ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285; ATF 129 II 193 consid. 5.3.1 p. 211). Les relations familiales qui peuvent fonder, en vertu de l'art. 8 par. 1 CEDH, un droit à une autorisation de police des étrangers sont avant tout les rapports entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant ensemble (ATF 120 Ib 257 consid. 1d p. 261). Mais, sous réserve de circonstances particulières, les fiancés ou concubins ne sont pas habilités à invoquer l'art. 8 CEDH; ainsi, l'étranger fiancé à une personne ayant le droit de s'établir en Suisse ne peut, en principe, pas prétendre à une autorisation de séjour, à moins que le couple n'entretienne depuis longtemps des relations étroites et effectivement vécues et qu'il n'existe des indices concrets

A/3358/2006 - 10/18 - d'un mariage sérieusement voulu et imminent comme, par exemple, la publication des bans du mariage (cf. ATF non publiés 2C\_300/2008 du 17 juin 2008 consid. 4.2, 2C\_90/2007 du 27 août 2007 consid. 4.1). Par ailleurs, malgré l'entrée en

vigueur de l'ALCP le 1er juin 2002, les limites quantitatives d'octroi de permis de séjour à l'égard des ressortissants des États membres de l'UE n'ont été abandonnées que le 1er juin 2007. En effet l'art. 10 par. 1 ALCP prévoyait que, durant les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de l'ALCP - délai transitoire ayant pour but de limiter en Suisse le nombre de travailleurs originaires de l'UE - la Suisse pouvait maintenir des limites quantitatives concernant l'accès à une activité économique pour une durée supérieure à quatre mois et inférieure à une année et pour une durée égale ou supérieure à une année. Par conséquent, même si la recourante a obtenu dans un premier temps une autorisation de séjour de type « B sans exercice d'une activité lucrative », eu égard aux mesures de restriction à la libre circulation des personnes prévues par l'ALCP pendant le délai transitoire de cinq ans susmentionné, l'obtention d'un permis de séjour l'autorisant à travailler était le préalable nécessaire à la reprise d'une activité et une inscription à l'OCE. En effet, l'art. 27 al. 2 de l'annexe I à l'ALCP prévoyait l'obligation, pour les ressortissants communautaires, de requérir une autorisation de séjour avant toute prise d'activité lucrative en Suisse, aussi longtemps que les mesures de restriction à la libre circulation des personnes prévues pendant le délai transitoire s'appliqueraient (cf. Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE du 23 juin 1999 [ci-après : Message du CF], FF 1999 p. 5702). b) C'est ce qu'a finalement fait la recourante, en date du 22 juin 2006, à l'instigation de l'intimée. A sa demande d'autorisation à travailler, l'OCP a répondu en lui octroyant, le 8 août 2006, une autorisation de séjour de courte durée L avec la remarque « à la recherche d'un emploi » et effet rétroactif au 3 juillet 2006. Le permis L CE/AELE est une autorisation de séjour de courte durée (jusqu'à 364 jours), accordée sur la base d'un contrat de travail de moins d'une année, ou sur justification d'un séjour sans activité lucrative (recherche d'emploi par exemple) et garantie de moyens d'existence; cette autorisation peut être prolongée ou renouvelée sans obligation de quitter le pays (cf. explications données par l'OCP sur son site [[www.geneve.ch/ocp/europe.html](http://www.geneve.ch/ocp/europe.html)] et art. 25 al. 4 OLE). En conséquence, dès le 3 juillet 2006 au moins, la recourante a disposé d'un titre de séjour de 364 jours renouvelable jusqu'à 24 mois portant la mention « à la recherche d'un emploi ». Or, une recherche d'emploi est censée déboucher sur un engagement de sorte que l'octroi d'un permis de séjour avec cette mention implique forcément l'autorisation d'exercer une activité lucrative. Si tel n'était pas le cas, l'OCP n'aurait pas eu besoin de transformer le permis de séjour B sans autorisation

A/3358/2006 - 11/18 - d'activité lucrative de la recourante en une autorisation de séjour de courtée durée permettant la recherche d'un emploi; s'il avait voulu continuer à exclure l'exercice d'une activité lucrative, il n'aurait pas eu besoin de modifier le type d'autorisation de séjour accordée à la recourante. L'octroi par l'OCP d'un permis de séjour L avec autorisation d'activité lucrative à la fille de la recourante - âgée de deux ans - montre par ailleurs l'existence d'une certaine confusion dans les indications portées sur les autorisations de séjour. La conclusion selon laquelle le permis L octroyé à la recourante impliquait l'autorisation de travailler est encore confortée par la lecture de la circulaire adressée en automne 2004 par le Conseil d'État à toutes les entreprises genevoises. Il y rappelait que les demandes d'autorisation de séjour et de travail étaient encore soumises à des mesures de contingentement jusqu'au 31 mai 2007 et que, pour ce type de permis, les quotas alloués trimestriellement aux cantons étaient particulièrement restreints; il s'ensuivait que ces quotas étaient rapidement épuisés de sorte que, pour satisfaire les demandes, il se voyait contraint de faire appel au contingent des autorisations de courte durée et d'attribuer en lieu et place, dans bien des cas en fin de trimestre, des permis

L-CE/AELE de 364 jours, renouvelables, aux demandeurs qui auraient eu droit à l'obtention d'un permis B. Il ressort de ces explications qu'ainsi que l'allègue l'intimée, les contingents étaient effectivement dépassés. Il n'en demeure pas moins - ainsi que cela ressort clairement de la circulaire - que les personnes au bénéfice d'un permis L avaient le droit de travailler. En définitive, il s'avère donc que la condition du domicile était remplie à compter du 3 juillet 2006 au moins. Il reste dès lors à examiner les conditions relatives à la période de cotisation. 9. a) La recourante ne conteste pas que, dans les limites du délai-cadre - courant au plus tôt du 3 avril 2004 au 2 avril 2006 -, elle n'a pas exercé en Suisse d'activité soumise à cotisations pendant au moins douze mois. En revanche, elle soutient que l'activité qu'elle a exercée en France du 25 novembre 2002 au 23 janvier 2006 doit être prise en considération en tant que période de cotisation. Il convient dès lors d'examiner si la recourante peut déduire un droit à l'indemnité de chômage de l'ALCP et des règlements auxquels il se réfère. b) L'art. 1er par. 1 de l'annexe II de l'ALCP - intitulée « Coordination des systèmes de sécurité sociale », fondée sur l'art. 8 de l'Accord et faisant partie intégrante de celui-ci (art. 15 ALCP) - en relation avec la section A de cette annexe, prévoit que les parties contractantes appliquent entre elles en particulier le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (ci-après : règlement n°1408/71), ainsi que le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972

A/3358/2006 - 12/18 - fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (ci-après : règlement n°574/72), ou des règles équivalentes. c) En l'espèce, l'Accord est applicable tant sur le plan temporel - car le droit de la recourante à l'indemnité de chômage concerne une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'ALCP (voir ATF 130 V 262 consid. 3.10) -, que du point de vue personnel - la recourante étant une ressortissante française domiciliée en Suisse et ayant travaillé en France (art. 2 par. 1 du règlement n° 1408/71). Il est également applicable « ratione materiae », puisque l'art. 4 par. 1 let. g du règlement n° 1408/71 admet sa compétence dans le domaine des prestations de chômage. d) Les personnes auxquelles le règlement n°1408/71 est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre (art. 13 par. 1 règlement n° 1408/71). Selon l'art. 13 par. 2 let. a du règlement n°1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre. En matière de prestations de chômage, l'art. 67 du règlement n°1408/71 consacre le principe du dernier pays d'emploi en ce sens qu'il requiert, pour l'application de la règle de totalisation, que l'intéressé ait accompli des périodes d'assurance ou d'emploi en dernier lieu dans l'État membre prestataire (KAHIL-WOLFF, L'assurance-chômage et l'accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, ATF 133 V 169 consid. 5.2 en référence aux art. 67 par. 3 et 68 du règlement n° 1408/71; RSAS 1999, p. 439; ATAS/359/2007 du 3 avril 2007, consid. 6). L'art. 71 du règlement n°1408/71 règle toutefois les cas des chômeurs qui, au cours de leur dernier emploi, résidaient dans un État membre autre que l'État compétent, à savoir notamment les cas des travailleurs frontaliers (cf. ATF 133 V 169 consid. 5.2; ATAS/359/2007 du 3 avril 2007, consid. 6). Selon l'art. 71 par. 1 let. a point ii du règlement n° 1408/71, le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations

selon les dispositions de la législation de l'État membre sur lequel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge. Aux termes de l'art. 1 let. b règlement n°1408/71, le terme "travailleur frontalier" désigne tout travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un État membre et réside sur le territoire d'un autre État membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine.

A/3358/2006 - 13/18 - D'après la jurisprudence de la Cour européenne, l'élément déterminant pour l'application de l'art. 71, dans son ensemble, est la résidence de l'intéressé dans un État membre autre que celui à la législation duquel il était assujéti au cours de son dernier emploi (voir en dernier lieu arrêt du 27 janvier 1994, Maitland Toosey, C- 287/92, Rec. p. I-279, point 13). L'art. 71 est applicable même lorsque, au cours de son dernier emploi, le travailleur a résidé et travaillé, de manière continue ou non, sur le territoire de l'État membre dans lequel son employeur était également établi (arrêt du 29 juin 1995, Van Gestel, C-454/93, Rec. p. I-1707, point 25). e) En l'occurrence, si l'on considère que la recourante a exercé son dernier emploi en France (de novembre 2002 à janvier 2006) et qu'elle a résidé en Suisse au moins depuis le 10 avril 2005, il y a lieu de conclure qu'elle remplit les conditions pour se voir qualifier de travailleur frontalier au sens de l'art. 1 let. b du règlement n°1408/71 de sorte qu'en principe, elle doit toucher des prestations de l'État de résidence, soit de la Suisse. L'intimée relève cependant que la recourante a travaillé en Suisse deux jours durant (les 2 et 3 février 2006). Elle en tire la conclusion que le dernier emploi exercée par l'intéressée l'a donc été en Suisse et que la réglementation de l'ALCP sur les frontaliers ne lui est par conséquent pas applicable. Il est vrai qu'après avoir résilié son contrat de travail en France par courrier du 4 janvier 2006, la recourante a travaillé deux jours à Genève, au début du mois de février 2006, dans l'entreprise administrée par son compagnon. Il reste à déterminer si un contrat de travail limité à deux jours peut être considéré comme « dernier emploi » au sens des dispositions susmentionnées. Selon le SECO (cf. Circulaire relative aux conséquences en matière d'assurance- chômage de l'ALCP 2004, ch. B 32), la durée de l'emploi au sens de l'art. 13 al. 2 let. a du règlement n°1408/71 ne joue aucun rôle. Il suffit que l'intéressé ait travaillé un jour dans un autre pays pour que ce ne soit plus le pays de provenance mais celui où il a exercé un jour une activité soumise à cotisation qui soit compétent pour l'octroi de prestations. Ce n'est pas la durée de l'occupation qui importe mais le fait que des cotisations sociales aient été effectivement payées pour cette courte période d'occupation. Lorsque l'activité n'est pas soumise à cotisation au sens de l'art. 8bis RAVS, l'occupation ne compte pas comme période d'assurance. Étant donné que les rémunérations versées par l'employeur qui n'excèdent pas 2'000 fr. par année civile peuvent être exclues du revenu soumis à cotisations (art. 8bis RAVS dans sa version antérieure au 1er janvier 2008), il ne fait aucun doute que l'activité exercée du 2 au 3 février 2006, rémunérée 1'000 fr., n'était pas soumise à cotisations, qu'elle ne peut donc pas compter comme période d'assurance

A/3358/2006 - 14/18 - et, par voie de conséquence, être qualifiée de « dernier emploi » au sens de l'art. 71 par. 1 let. a point ii du règlement n°1408/71. 10. Il convient encore d'examiner si le présent cas tombe dans le champ d'application du protocole à l'Annexe II de l'ALCP concernant l'assurance-chômage des travailleurs salariés au bénéfice d'un titre de séjour d'une durée inférieure à un an, protocole qui prévoit notamment que seuls les travailleurs qui ont cotisé en Suisse pendant la période minimale exigée par la LACI et qui

remplissent en outre les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage ont droit aux prestations de l'assurance-chômage dans les conditions prévues par la loi (ch. 1.1). Le régime selon les ch. 1 et 2 est applicable pour une durée de sept ans à partir de l'entrée en vigueur de l'accord (ch. 3, 1ère phrase). Il ressort du Message du Conseil fédéral que le statut de saisonnier disparaît avec l'entrée en vigueur de l'accord; il est remplacé par un statut de séjour de courte durée, eurocompatible. L'autorisation est délivrée pour la durée du contrat de travail (contrat jusqu'à douze mois; FF 1999 p. 5621). Le Conseil fédéral a constaté que dans le domaine de l'assurance-chômage, la totalisation des périodes de cotisation et le principe d'égalité de traitement auraient des effets importants, surtout pour les travailleurs dont la durée d'engagement ne dépasse pas un an (saisonniers ou résidents de courte durée; FF 1999 p. 5649). Eu égard au nombre relativement élevé de travailleurs étrangers occupant des emplois à durée déterminée en Suisse (en 1997, quelque 90'000 ressortissants de l'UE travaillant en Suisse avaient un contrat de travail de moins d'un an), l'accord bilatéral entre la Suisse et l'UE a prévu une réglementation dérogeant au droit communautaire pendant une période transitoire de sept ans durant laquelle il a été admis que la Suisse n'appliquerait pas la totalisation aux travailleurs ayant un contrat de travail d'une durée inférieure à un an (cf. protocole additionnel); les résidents de courte durée n'ont dès lors droit aux prestations de l'assurance-chômage que s'ils ont accompli la période minimale de cotisation prévue par la législation suisse. En contrepartie, il a été convenu que la Suisse continuerait à rétrocéder aux Etats de domicile les cotisations perçues sur les salaires des frontaliers mais aussi des résidents de courte durée dont le contrat de travail ne dépasse pas six mois (FF 1999 p. 5632). Durant la période transitoire, ces travailleurs touchent l'indemnité de chômage au plus tard jusqu'à l'expiration de leur autorisation de séjour et seulement s'ils ont cotisé pendant la durée minimale requise par le droit suisse. A l'expiration de la période transitoire de sept ans – grâce à la totalisation des périodes de cotisation éventuellement accomplies antérieurement dans l'espace UE - ils pourront continuer à toucher des prestations, comme les travailleurs indigènes, à l'expiration de leur autorisation de séjour initiale, à condition de rester domiciliés en Suisse et de s'inscrire à l'office du travail en vue de placement (FF 1999 p. 5649).

A/3358/2006 - 15/18 - Il ressort du Message du CF que la dérogation prévue par la Suisse au principe de totalisation a pour but d'éviter une augmentation sensible des prestations de l'assurance-chômage vu le grand nombre de ressortissants de l'UE travaillant et résidant en Suisse sur la base d'une autorisation de séjour de courte durée. Elle ne vise pas à empêcher de façon générale un ressortissant de l'UE domicilié en Suisse d'y faire valoir son droit à l'assurance-chômage en invoquant la totalisation - puisque la réglementation européenne prévoit cette possibilité - mais à éviter un nombre important de demandes auprès de l'assurance-chômage de la part de ressortissants de l'UE ayant un contrat de travail de moins d'une année. Cette mesure a donc avant tout pour objectif d'empêcher les anciens saisonniers ayant travaillé moins d'une année en Suisse et dont le contrat de travail n'a pas été renouvelé de rester dans le pays pour demander des prestations de l'assurance-chômage. De l'avis du Tribunal de céans, elle ne vise en revanche pas les frontaliers travaillant en Suisse et résidant dans un Etat de l'UE puisque l'Etat compétent est celui de leur domicile. Elle ne vise pas davantage les frontaliers travaillant dans un Etat de l'UE et résidant en Suisse car ce cas de figure est extrêmement rare - le coût de la vie et du logement, plus élevé en Suisse qu'en France voisine, est peu attractif - et ne justifie aucunement des mesures dérogatoires. Il serait d'ailleurs, particulièrement choquant d'appliquer cette clause dérogatoire aux frontaliers car cela conduirait à refuser les

prestations au frontalier au chômage complet résidant en Suisse, tenu d'y déposer sa demande, en invoquant la dérogation transitoire au principe de la totalisation des périodes d'assurance alors même qu'il ne peut demander des prestations de chômage dans son dernier pays d'emploi puisque celui-ci n'est pas compétent. L'application de la dérogation au frontalier au chômage complet résidant en Suisse reviendrait donc à l'empêcher de recevoir tant des prestations de l'Etat de résidence que de celui du dernier emploi, ce qui ne peut pas correspondre au but de cette dérogation. Il ressort de ce qui précède que l'exception au principe de totalisation des cotisations ne peut être opposée à la recourante, d'autant qu'au moment où cette dernière a déposé sa demande de prestations, elle disposait d'une autorisation de séjour de longue durée. Dans la mesure où l'assurée a produit un formulaire E 301 attestant une période d'assurance et d'emploi en France de novembre 2002 à janvier 2006, l'intimée devait tenir compte de ces périodes d'assurance pour établir son droit aux prestations de l'assurance-chômage. Eu égard à la durée de la période d'assurance accomplie en France, il est manifeste que la recourante remplit également la seconde condition posée par l'art. 8 al. 1 LACI. Partant, elle a droit aux prestations de l'assurance-chômage. 11. Étant donné que la décision du 19 avril 2007 - confirmée par celle du 27 juin 2008 - revient sur la décision sur opposition du 17 août 2006, il y a lieu d'examiner si les conditions d'une reconsidération sont réalisées.

A/3358/2006 - 16/18 - Selon l'art. 53 al. 2 LPGa, qui formalise un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 133 V 50 consid. 4.1). En règle générale, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb et les références citées). Cette règle doit toutefois être relativisée quand le motif de reconsidération réside dans les conditions matérielles du droit à la prestation, dont la fixation nécessite certaines démarches et éléments d'appréciation (évaluations, appréciations de preuves, questions en rapport avec ce qui peut être raisonnablement exigé de l'assuré). Si, par rapport à la situation de fait et de droit existant au moment de la décision entrée en force d'octroi de la prestation (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références citées), le prononcé sur les conditions du droit apparaît soutenable, on ne saurait dans ce cas admettre le caractère sans nul doute erroné de la décision (ATF non publié 9C\_215/2007 du 2 juillet 2007, consid. 3.2). En l'espèce, par sa décision du 19 avril 2007 - confirmée sur opposition le 27 juin 2008 -, l'intimée a nié à l'assurée le droit aux indemnités de chômage avec effet rétroactif au 3 avril 2006 et requis le remboursement de 17'244 fr. 90 à titre d'indemnités indûment touchées. Implicitement, l'intimée a ainsi reconsidéré sa décision sur opposition du 17 août 2006 par laquelle elle avait ouvert le droit à des indemnités dès le 3 avril 2006. Il y a lieu de préciser que la décision sur opposition du 17 août 2006 a fait l'objet d'un recours de la part de l'assurée (A 3358/20076), mais que ce recours portait uniquement sur la question du gain assuré à la base des indemnités. Par conséquent, ladite décision était entrée en force sur la question de principe du droit aux indemnités de chômage. Or, eu égard aux développements qui ont été faits supra, il apparaît qu'en reconnaissant à l'assurée le droit à des indemnités de chômage dès le 3 avril 2006, à savoir dès la date de son inscription au chômage, la décision sur opposition du 17 août 2006 n'était pas manifestement erronée puisqu'ainsi qu'on l'a vu, ce droit aux indemnités doit lui être reconnu et que, par ailleurs, on peut admettre que la recourante aurait vraisemblablement obtenu un permis L dès avril 2006 si elle l'avait demandé plus tôt et ainsi rempli la

condition du domicile au sens de l'art. 12 LACI. Par conséquent, les conditions d'une reconsidération de la décision sur opposition du 17 août 2006 n'étaient pas réunies en l'occurrence. 12. Au vu de ce qui précède, le recours est admis.

A/3358/2006 - 17/18 - 13. La recourante, bien que n'étant pas représentée par un avocat, demande l'octroi de dépens. Lorsqu'un justiciable assure lui-même la défense de ses intérêts, des dépens ne sont accordés qu'exceptionnellement. Il faut pour cela qu'il s'agisse, d'une part, d'une affaire complexe portant sur un objet litigieux élevé et nécessitant beaucoup de temps, dépassant la mesure de ce qu'un particulier peut ordinairement et raisonnablement prendre sur lui, d'autre part, que le rapport entre le temps consacré et le résultat de la défense des intérêts soit proportionné (VSI 2000/6 p. 337 consid. 5; ATF 110 V 134 consid. 4d; RCC 1984 p. 278; ATFA non publié du 11 décembre 2001, K 10/99 consid. 6). En l'espèce, ces conditions ne sont pas remplies car même si l'affaire est complexe, on ne saurait conclure que la défense de sa cause ait pris un temps considérable à la recourante, dont il convient de rappeler qu'elle est spécialisée en droit européen et qu'elle a travaillé pendant près de quatre ans dans le domaine des questions transfrontalières, notamment en matière d'assurances sociales. De plus, la recourante n'a pas établi l'existence de frais particuliers dont il y aurait lieu de tenir compte pour fixer un dédommagement. En conséquence, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3358/2006 - 18/18 -

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