

GE_GERICHTE ATAS/64/2013 vom 24. Januar 2013

GE Cour de justice, 2013-01-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_64_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/64/2013 du 24 janvier 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/64/2013 del 24 gennaio 2013

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 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 et ATF 129 V 4 consid. 1.2). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3).

E. 3

Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 LPGA). La décision sur opposition date du 18 avril 2011 et les délais sont suspendus du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement (art. 38 al. 4 let. a et 60 al. 2 LPGA). En 2011, Pâques est tombé le 24 avril 2011, de sorte que le recours du 31 mai 2011 a été formé en temps utile (art. 39 al. 1 et 60 al. 2 LPGA). Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable formellement (art. 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; E 5 10).

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à nier rétroactivement le droit du recourant aux prestations de chômage et à lui réclamer la restitution des indemnités allouées du 1er janvier 2004 au 30 novembre 2010 au motif que dès cette date, il ne remplissait plus la condition du domicile en Suisse.

A/1616/2011 - 8/20 -

E. 5

a) Selon l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1, première phrase). Sont notamment soumis à l'obligation de restituer le bénéficiaire des prestations allouées indûment ou ses héritiers (art. 2 al. 1 let. a OPGA). L'obligation de restituer prévue par l'art. 25 al. 1 1ère phrase LPGA implique que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 320 consid. 5.2 et les références; DTA 2006 p. 158). b) Aux termes de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). En ce qui concerne plus particulièrement la révision, l'obligation de restituer des prestations complémentaires indûment touchées et son étendue dans le temps ne sont pas liées à une violation de l'obligation de renseigner (ATF 122 V 139 consid. 2e). Il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte du fait nouveau.

E. 6

a) En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). b) Selon la jurisprudence, la notion de domicile au sens la LACI ne correspond pas à celle du droit civil (art. 23 ss CC) mais bien plutôt à celle de la résidence habituelle (cf. circulaire du SECO sur l'indemnité de chômage (IC), état janvier 2007, B 136 ; voir aussi les textes allemands et italiens de l'art. 8 al. 1er let. c LACI : « in der Schweiz wohnt », « risiede in Svizzera » ; ATF non publié du

E. 7

a) Dans le domaine des assurances sociales, il n'existe pas un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (RAMA 1999 no U 349 p. 478 consid. 2b). Sauf dispositions contraires de la loi, le juge fonde sa décision 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 125 V 195 consid. 2, 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b et la référence). b) La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). 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 des 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le

A/1616/2011 - 10/20 - juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322, consid. 5a).

E. 8

En l'espèce, il ressort des éléments du dossier - notamment des données de l'OCP - que l'assuré est arrivé en Suisse en 1971, alors qu'il était âgé de 23 ans. Jusqu'à son départ pour l'Espagne en mars 2012, il a toujours travaillé en Suisse et ses enfants sont nés et domiciliés dans ce pays, à Genève. Selon le registre de l'OCP, l'assuré a été domicilié, du 1er janvier 2004 au 1er janvier 2010, à la rue M_____, puis, du 1er janvier au 31 décembre 2010, à la rue O_____, à Carouge. A compter du 1er décembre 2010 et jusqu'à son départ pour l'Espagne le 1er mars 2012 - postérieurement à la période litigieuse -, il s'est annoncé comme vivant chez une amie, à Vernier. Les investigations de l'intimée ont toutefois permis de déterminer que ces différentes adresses correspondaient en réalité à celles de restaurants dont il a été gérant et qu'il n'y a pas vécu de manière effective, à l'exception de celle de son amie à Vernier, qui ne concerne pas la période litigieuse. Certes, le recourant a expliqué n'avoir pu retrouver de logement à Genève en raison de la pénurie et de sa situation financière. Ce faisant, il a implicitement admis que les adresses annoncées à l'OCP étaient bel et bien fictives ; il a d'ailleurs reconnu - contrat de bail à l'appui - qu'à compter de 2004 au plus tard, il a loué une maison en France voisine, dont il soutient qu'elle devrait être considérée comme une résidence secondaire au motif qu'en 2004 et 2010, il logeait la moitié du temps chez son amie de l'époque et passait la majeure partie de son temps à Genève, où il promenait notamment son chien et prenait un café. De l'avis de la Cour, les explications du recourant ne sauraient suffire à admettre qu'il a été démontré au degré de vraisemblance prépondérante requis que la villa qu'il louait en France ne constituait qu'une résidence secondaire. On relèvera à cet égard que son amie, entendue à la demande du recourant, a témoigné n'avoir eu que très peu de contacts avec lui durant la période litigieuse - c'est-à-dire entre 2004 et 2010 - et a démenti avoir jamais vécu avec lui. On ajoutera que les explications du recourant sont contradictoires puisqu'après avoir affirmé ne pas avoir trouvé de logement à Genève depuis 2002, il a allégué avoir malgré tout vécu à Genève jusqu'en 2004, sans en apporter toutefois la preuve. Au vu de ce qui précède, la Cour de céans considère qu'à partir de 2002, le recourant a eu sa résidence habituelle en France, de sorte que c'est à juste titre que l'intimée a jugé qu'il ne satisfaisait à l'exigence posée par l'art. 8 al. 1 let. c LACI.

E. 9

a) Il convient néanmoins d'examiner encore si le recourant peut malgré tout se voir reconnaître le droit aux indemnités de chômage, en se prévalant de liens personnels et

professionnels étroits avec la Suisse. En effet, si l'existence d'une résidence habituelle en Suisse est, sous l'angle du droit interne uniquement (art. 8 al. 1 let. c

A/1616/2011 - 11/20 - LACI), l'une des conditions à l'indemnité de chômage, il convient d'observer qu'en vertu des obligations découlant du droit international, l'indemnité de chômage peut être réclamée, sous certaines conditions qu'il convient d'examiner ci-après, auprès des autorités de l'État du dernier emploi, et ce, même si la résidence habituelle du travailleur se trouve dans un autre État (ATAS/726/2008 du 19 juin 2008, ATAS/359/2007 du 3 avril 2007). b) Le 1er juin 2002 est entré en vigueur l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.68), et en particulier son annexe II sur la « Coordination des systèmes de sécurité sociale ». c) Aux termes de l'art. 1 al. 1 de l'annexe II ALCP, en relation avec la section A de cette même annexe, 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 [RS 0.831.109.268.1]), complété par le Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, ou des règles équivalentes. d) In casu, tant l'ALCP que le règlement n° 1408/71 sont applicables *ratione temporis* au recourant. En effet, aussi bien la décision du 25 janvier 2011 que celle sur opposition du 18 avril 2011 concernent le droit du recourant à l'indemnité de chômage à partir du mois de janvier 2004, à savoir pour une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'ALCP (ATF 133 V 169 consid. 4.2, 132 V 46 consid. 3.2.1). e) L'ALCP et le règlement n° 1408/71 sont également applicables *ratione personae*, dès lors que l'assuré, de nationalité espagnole, est ressortissant d'un État contractant (art. 1 al. 2 de l'annexe II ALCP) et qu'il a été soumis à la législation suisse en tant que travailleur salarié dans un État contractant (art. 2 par. 1 en relation avec l'art. 1 let. a du règlement n° 1408/71). Par ailleurs, le caractère transfrontalier est sans autre réalisé, si l'on devait admettre, à l'instar de l'intimée, que le recourant avait sa résidence habituelle en France à l'époque déterminante (ATF 133 V 169 consid. 4.3 et les références). f) 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 du 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

A/1616/2011 - 12/20 - 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 la 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 § 3 et 68 du règlement n° 1408/71; RSAS 1999, p. 439; ATAS/359/2007, du 3 avril 2007, consid. 6 et ATAS/726/2008, du 19 juin 2008).

E. 10

a) 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 et ATAS/726/2008 déjà cités), cette disposition opérant une distinction entre les « vrais » et les « faux » frontaliers. Ainsi, l'art. 71 par. 1 let. a point ii du règlement n° 1408/71, dispose que le travailleur frontalier qui est au chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat 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. Cette réglementation présuppose implicitement que ledit travailleur jouit dans cet Etat des conditions les plus favorables à la recherche d'une nouvelle occupation. Revêt dans ce contexte une importance décisive la question de savoir dans quel Etat la personne intéressée possède les meilleures chances de réinsertion. En effet, le système mis en place s'explique par le fait que les personnes visées par cette disposition ("vrais frontaliers") n'ont normalement aucun lien particulier avec l'Etat d'emploi, dans lequel elles ne séjournent que pour travailler et qu'elles quittent dès que le rapport de travail est terminé, le centre de leurs intérêts se trouvant dans l'Etat de résidence. Dans de telles situations, il est compréhensible que ces personnes soient accompagnées dans la recherche d'un nouvel emploi dans leur Etat de résidence (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans la cause X_____, 1/85, Rec. 1986, p. 1837, consid. 7.1 et 10.2 - 10.4, résumée à l'ATF 133 V 169, consid. 6.3). b) En l'espèce, dès lors que la Cour de céans considère au degré de la vraisemblance prépondérante que le recourant a eu sa résidence habituelle en France à partir de 2002, il convient d'examiner s'il doit être considéré, à l'instar de la disposition précitée, comme "vrai" ou "faux frontalier".

E. 11

a) Aux termes de l'art. 1 let. b du 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 Etat membre et réside sur le territoire d'un autre

A/1616/2011 - 13/20 - Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine. Ces personnes tombent sous le coup de l'art. 71 let. a du règlement n° 1408/71 ("vrais frontaliers"). En revanche, le travailleur salarié autre que le travailleur frontalier ("faux frontalier"), dont le statut est réglé par l'art. 71 let. b du règlement n° 1408/71, est celui qui réside dans un Etat différent de l'Etat d'emploi mais qui, contrairement au vrai frontalier, ne rentre pas une fois par semaine à son lieu de résidence. Font notamment partie de cette catégorie les travailleurs saisonniers (ATF 133 V 169 consid. 6.1). b) Le travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier au chômage complet ("faux frontalier") dispose d'un droit d'option entre les prestations de l'Etat du dernier emploi et celles de l'Etat de résidence, qu'il exerce en se mettant à la disposition des services de l'emploi sur le territoire de l'Etat de résidence (cf. art. 71 let. b point ii du règlement n° 1408/71 et ATF 133 V 169 consid. 6. 2 p. 177 et les références). c) Exceptionnellement, le "vrai frontalier" peut également faire valoir son droit à des indemnités de chômage dans l'Etat où il a exercé sa dernière activité professionnelle. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a introduit une exception à l'art. 71 par. 1 let. a point ii du règlement n° 1408/71 jugeant que la rigueur de la règle générale devait être atténuée quand elle conduisait à des résultats inéquitables ou insatisfaisants. Selon la CJCE, la thèse qui se trouve à la base de la règle générale qui s'applique aux travailleurs frontaliers au chômage complet, notamment que les conditions pour chercher du travail sont plus favorables dans l'Etat de résidence, perd son sens lorsque l'intéressé a des liens beaucoup

plus étroits avec l'Etat où il a exercé son dernier emploi. Dans de tels cas, la CJCE admet qu'on est en présence de "travailleurs frontaliers atypiques" ou de "faux frontaliers" qui ne doivent pas être traités comme les "vrais frontaliers", bien qu'ils répondent à la définition de l'art. 1er let. a du règlement 1408/71, mais qui rentrent dans la catégorie du "travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier" visée à l'art. 71 par. 1 let. b du règlement 1408/71 et qui disposent eux aussi, en cas de chômage complet, d'un droit d'option entre les prestations de l'Etat d'emploi et celles de l'Etat de résidence. Cette faculté de choix n'est toutefois reconnue au travailleur frontalier au chômage complet que s'il remplit deux conditions cumulatives, à savoir s'il a conservé dans l'Etat du dernier emploi à la fois des liens personnels et des liens professionnels propres à lui donner les meilleures chances de réinsertion dans ce pays (arrêt de la CJCE du 12 juin 1986, X_____, 1/85, Rec. P. 1837, points 17 et 18). d) Concrètement, dans l'affaire X_____, la CJCE avait considéré que c'était à tort que les autorités allemandes avaient invité Monsieur E_____ - un ressortissant allemand qui avait toujours vécu et travaillé en Allemagne mais qui avait établi son domicile en Belgique avec son épouse pour se rapprocher de ses enfants, internes dans un pensionnat belge - à demander l'indemnité de chômage en Belgique, ce d'autant plus que E_____ avait conservé en Allemagne un bureau

A/1616/2011 - 14/20 - ainsi que la possibilité de loger auprès de sa belle-mère; tant lui que son épouse étant restés inscrits à titre principal sur les registres de la police allemande (ATF 133 V 169 consid 7.2). D'après la jurisprudence de la Cour européenne, l'élément déterminant pour l'application de l'article 71, dans son ensemble, est la résidence de l'intéressé dans un Etat membre autre que celui à la législation duquel il est 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). Cet article est applicable même lorsque, au cours de son dernier emploi, le travailleur a travaillé et résidé, de manière continue ou non, sur le territoire de l'Etat membre dans lequel son employeur était également établi (arrêt du 29 juin 1995, VAN GESEL, C-454/93, Rec. P. I-1707, point 25). Selon la circulaire du SECO relative aux conséquences, en matière d'assurance- chômage, de l'Accord sur la libre circulation des personnes et de l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE [C-AC-LCP, état décembre 2004], pour remplir les critères de la jurisprudence X_____, la personne intéressée doit entretenir, cumulativement, des liens personnels et professionnels étroits dans l'Etat d'emploi (B55). Au titre des indices permettant de conclure que le travailleur a des relations personnelles étroites avec l'Etat d'emploi, le SECO mentionne l'existence d'un second domicile et la participation à la vie sociale de cet Etat (être membre d'un club sportif, d'une association culturelle ou professionnelle - B56).

E. 12

a) Le Tribunal cantonal des assurances sociales a ainsi admis l'existence de relations professionnelles étroites avec la Suisse, Etat du dernier emploi, dans le cas d'un assuré qui avait effectué toute sa scolarité ainsi que son apprentissage de monteur en électricité à Genève et qui était titulaire d'un certificat fédéral de capacité, c'est-à-dire d'un diplôme suisse dont le Tribunal a jugé qu'il était susceptible - a priori - d'ouvrir davantage de perspectives en Suisse, étant précisé que cet assuré avait toujours travaillé à Genève et, à ce titre, toujours cotisé au régime helvétique de l'assurance-chômage et s'était toujours mis à disposition du marché du travail suisse (ATAS/726/2008). Le Tribunal en a jugé de même dans le cas d'un assuré qui avait effectué toute sa scolarité en Suisse et y avait obtenu un diplôme d'électronicien (ATAS/765/2008). L'existence de relations professionnelles avec la

Suisse a également été reconnue dans le cas d'un assuré ayant suivi toute sa scolarité et obtenu tous ses diplômes à Genève, où il avait ensuite travaillé de 1982 à 2005, de sorte qu'il avait toujours cotisé au régime helvétique de l'assurance-chômage (ATAS/987/08). b) En revanche, l'existence de relations professionnelles étroites avec la Suisse a été niée dans le cas d'un assuré qui, s'il avait obtenu en Suisse un certificat fédéral de capacité de technicien en bâtiment, avait démontré qu'il pouvait exercer ce métier

A/1616/2011 - 15/20 - indifféremment en Suisse et en France; cet assuré avait en effet apporté la preuve de sa polyvalence puisqu'il avait travaillé en France, en Égypte et au Maroc durant les quatre années précédant sa perte d'emploi. Au surplus, il avait œuvré en tant que gérant d'une société sise en France et y avait créé une autre société (ATAS/1131/08). De même, les relations professionnelles avec la Suisse ont été niées à une assurée de nationalité suisse, mère de deux enfants scolarisés dans ce pays qui avait exercé le métier de caissière en dernier lieu, au motif que cette profession ne requérait pas de connaissances spécifiques et qu'elle pouvait être exercée indifféremment en Suisse ou en France (ATAS/675/09). c) Récemment, le Tribunal fédéral a précisé que le fait que l'assuré a cotisé à l'assurance-chômage suisse n'est pas déterminant (ATF du 20 juin 2011 8C_777/2010). Il a rappelé que le fondement même de l'application de la loi de l'Etat de résidence est de mettre à charge de cet Etat le paiement des indemnités de chômage alors que le chômeur a cotisé précédemment par le biais d'emplois dans un autre Etat membre. Quant aux différences entre les taux de chômage en Suisse et en France, il n'est pas davantage décisif. L'arrêt X_____ ne fait aucunement mention d'un critère de cette nature mais fait uniquement référence à la conservation de liens personnels et professionnels propres à donner de meilleures chances de réinsertion. Ces liens se rattachent à la personne du travailleur indépendamment de la situation générale du marché du travail dans un des deux États membres. Juger autrement reviendrait, selon le TF, à reconnaître un droit d'option inconditionnel aux travailleurs frontaliers au chômage lorsque le taux de chômage de l'Etat d'emploi est inférieur à celui de l'Etat de résidence, ce qui viderait de leur sens les dispositions de l'art. 71 du règlement. Au reste, la soumission au régime national le plus favorable, que ce soit sous l'angle des prestations, des services fournis par l'administration de l'emploi, ou encore du taux de chômage dans les États membres est un principe qui n'existe pas dans le domaine auquel s'applique l'art. 71 du Règlement 1408/71 (voir dans ce sens les conclusions de l'avocat général dans l'affaire X_____, du 27 février 1986, Rec. p. 1842).

E. 13

a) En l'espèce, s'agissant d'abord des relations personnelles que le recourant entretient avec la Suisse, les différents témoins ont confirmé qu'ils n'avaient que peu de contacts avec l'intéressé, voire aucun, et ce depuis de nombreuses années. Le fils du recourant, en particulier, a déclaré ne voir son père qu'une seule fois par année en moyenne et avoir conclu qu'il vivait en France car il cultivait un potager près de sa maison. Aucun élément ne vient dès lors confirmer la thèse selon laquelle le recourant aurait de nombreuses attaches à Genève, bien au contraire; il ne fait ainsi partie d'aucune association ou club de sport, par exemple.

A/1616/2011 - 16/20 - Il convient dès lors de conclure que le recourant n'a pas de liens personnels forts en Suisse. b) S'agissant de ses chances de réinsertion professionnelle en Suisse, il ressort du dossier que le recourant n'a pas suivi de formation particulière en Suisse, ni même acquis de diplôme ou de certificat de capacité dans ce pays. S'il est vrai

qu'il s'est toujours mis à disposition du marché du travail suisse, les candidatures qu'il a présentées dans le domaine de la restauration ou encore de l'hôtellerie ne demandent pas de compétences particulières et ces activités peuvent être exercées de manière indifférente tant en France qu'en Suisse. Il sied par ailleurs de noter qu'à l'heure actuelle, le recourant travaille en Espagne, ce qui vient encore consolider la thèse selon laquelle ses chances de retrouver un emploi ne sont pas plus fortes en Suisse qu'ailleurs. D'ailleurs, les déclarations des témoins ont, là encore, démontré que, contrairement à ses dires, le recourant ne dispose pas d'un réseau professionnel important qui faciliterait la recherche d'un nouvel emploi à Genève. Il n'apparaît ainsi pas vraisemblable que les chances du recourant de retrouver un emploi en Suisse plutôt qu'en France soient plus élevées. C'est donc au pays de résidence, en l'occurrence la France, que le recourant devait adresser sa demande de prestations.

E. 14

Reste à examiner le montant de la restitution. Le recourant allègue à ce titre qu'une partie des prestations perçues seraient périmées. L'intimée considère au contraire que le délai plus long de l'art. 25 al. 2 LPGA doit être appliqué puisque le recourant lui a sciemment dissimulé l'existence de son domicile en France. a) L'al. 2 de l'art. 25 LPGA dispose que le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant. Contrairement à la prescription, la péremption prévue à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peut être ni suspendue ni interrompue et, lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, comme la prise d'une décision, le délai se trouve sauvegardé une fois pour toutes (ATF du 21 mars 2006, C 271/04, consid. 2.5). Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270 consid. 5a p. 274). La caisse doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre d'une personne déterminée, tenue à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3 p. 17). Lorsque la restitution est imputable à une faute de

A/1616/2011 - 17/20 - 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 deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 ; ATFA non publié du 3 février 2006, C 80/05). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. À défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (arrêt K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Cette jurisprudence vise un double but, à savoir obliger l'administration à faire preuve de diligence, d'une part, et protéger l'assuré au cas où celle-ci manquerait à ce devoir de diligence, d'autre part. Le délai de péremption absolu de cinq ans commence à courir à la date du versement effectif de la prestation (ATF 112 V 180 consid. 4a p. 182; 111 V 14 consid. 3 in fine p. 17). Il met un

point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur (Arrêt du Tribunal Fédéral non publié du 14 décembre 2009; 8C_616/2009).

E. 15

a) En l'espèce, le recourant ne conteste pas que l'intimée ait respecté le délai de péremption d'une année. À la lecture du dossier, il n'apparaît d'ailleurs pas qu'un manque de diligence et d'attention pour procéder aux investigations nécessaires puisse être reproché à l'intimée. Partant, les décisions des 25 janvier et 18 avril 2011 respectent le délai légal d'une année. En ce qui concerne les prestations versées au recourant pendant la période de février 2006 à novembre 2010, il convient également de constater que celles-ci ne sont pas atteintes par l'expiration du délai de péremption absolu de cinq ans à compter des décisions des 25 janvier et 18 avril 2011. b) Tel ne peut cependant pas être le cas pour les indemnités accordées au recourant du 1er janvier 2004 au 25 janvier 2006. Se pose dès lors la question de savoir si ces créances en restitution sont nées d'un acte punissable, pour lequel le droit pénal prévoit un délai plus long. Il s'agit-là d'une question préjudicielle, laquelle est en principe de la compétence des autorités pénales. Néanmoins, les autorités administratives sont compétentes pour l'examiner, tant que cette question n'est pas résolue par une décision entrée en force de chose jugée des juridictions pénales (art. 14 LPA).

A/1616/2011 - 18/20 -

E. 16

a) De l'avis de la Cour, l'infraction d'escroquerie doit être retenue, pour laquelle le délai de prescription pénal est de 15 ans depuis le 1er octobre 2002 (art. 97 al. 1 let. b en lien avec l'art. 146 du Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0)). b) Aux termes de l'art. 146 CP, se rend coupable d'escroquerie celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, a astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais, ou l'a astucieusement confortée dans son erreur et a de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie consiste à tromper la dupe. Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit cependant pas; il faut qu'elle soit astucieuse. L'astuce au sens de cette disposition est réalisée, lorsque l'auteur se sert d'un édifice de mensonge, de manœuvres frauduleuses ou d'une mise en scène. Cette condition est également donnée lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si la vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 133 IV 256 consid. 4.4.3; 128 IV 18, p. 20, consid. 3a). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances. Une co-responsabilité de la dupe n'exclut toutefois l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 135 IV 76 consid. 5.2). Notre Haute Cour a notamment admis une escroquerie dans le cas d'un bénéficiaire de prestations complémentaires qui avait gagné à la loterie et seulement transmis l'extrait de son livret d'épargne à l'autorité compétente, comme celle-ci le lui avait demandé, sans révéler spontanément sa fortune placée sur un

autre compte (ATF 127 IV 163). Le Tribunal fédéral a considéré que la condition de l'astuce était remplie, dès lors que l'autorité ne pouvait que très difficilement déceler la fortune de l'intéressé. c) En l'espèce, les 2 janvier 2004, 5 avril 2007 et 4 janvier 2010, le recourant a signé trois demandes d'indemnités de chômage, sur lesquelles il a déclaré être domicilié rue M_____ à Genève. C'est également cette adresse que mentionnait la base de données de l'OCP jusqu'au 1er janvier 2010, date à laquelle l'adresse rue O_____ est indiquée, alors même que le recourant a admis qu'il n'avait plus retrouvé de logement à Genève dès 2002 et qu'il a produit le contrat de

A/1616/2011 - 19/20 - bail daté du 6 avril 2004 d'une maison en France voisine. L'ensemble de ces circonstances a maintenu l'apparence que le recourant était domicilié à Genève pendant la période litigieuse. Dans ces conditions, il était impossible à l'intimée de se rendre compte que l'adresse à Genève était fictive et que le recourant habitait en réalité en France, comme il a été exposé ci-dessus. Ce fait ne pouvait être révélé que par une enquête qui n'est cependant pas systématiquement réalisée pour chaque chômeur. Il convient dès lors d'admettre que le fait d'indiquer une adresse à Genève, alors même que le recourant et sa fille habitaient en France, constitue in casu une tromperie astucieuse au sens de la loi, de sorte que les éléments constitutifs de l'escroquerie sont réalisés. Il y a ainsi lieu d'appliquer le délai de prescription pénal et de conclure que la prétention en restitution des prestations octroyées à partir du 1er janvier 2004 n'est pas prescrite, moins de 10 ans s'étant écoulés entre la commission de l'infraction et la décision du 25 janvier 2011.

E. 17

Le recours, mal fondé en tous points est rejeté.

E. 18

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/1616/2011 - 20/20 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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