

## **GE\_GERICHTE ATAS/774/2011 vom 24. August 2011**

GE Cour de justice, 2011-08-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_774\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_774_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/774/2011 du 24 août 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/774/2011 del 24 agosto 2011

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

Par acte du 16 août 2010, l'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, devenu depuis lors la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la Cour de céans). Il soutenait notamment que son centre d'intérêt tant personnel que professionnel se trouvait à Genève, dès lors que ses enfants résident dans cette ville et qu'il y a toujours travaillé, bien qu'il ait également entrepris des recherches d'emploi de l'autre côté de la frontière depuis le 1er octobre 2009, sa situation financière étant très difficile depuis lors. La maison louée à Archamps depuis février 2008 devait être considérée comme sa résidence secondaire, lui servant uniquement à satisfaire à l'exigence selon laquelle chacun de ses enfants devait avoir sa propre chambre, lors de l'exercice du droit de visite.

#### **E. 13**

Dans sa réponse du 16 septembre 2010, la CCGC a maintenu sa position.

#### **E. 14**

Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 20 octobre 2010. Le recourant a rappelé qu'il est père de trois enfants, divorcé depuis octobre 2007 et qu'il avait dû quitter le domicile familial. Il avait eu alors de la peine à trouver un logement. Ayant fait la connaissance de Madame P\_\_\_\_\_, devenue par la suite sa compagne, cette dernière lui avait proposé d'occuper son cabinet, qu'elle n'exploitait pas, situé à Carouge. Il y avait vécu durant sept mois, avait annoncé cette adresse à l'Office cantonal de la population et un huissier de l'Office des poursuites avait été amené à dresser un procès verbal de ses biens à cette adresse. Il lui arrivait toutefois de dormir dans l'appartement de son ex-épouse. Actuellement, il vivait dans un studio - loué au nom de sa compagne - à la rue P\_\_\_\_\_, à Genève. Il occupait ce studio en alternance avec le fils de sa compagne, parfois ensemble, ce dernier n'ayant plus d'endroit où loger. Un huissier de l'Office des poursuites avait également dressé un inventaire de ses biens à cette adresse en septembre 2009. Il pourrait produire ces procès-verbaux. Le jour de la visite de l'enquêteur de l'OCE, le fils de sa compagne était effectivement dans l'appartement, alors que lui-même était déjà parti à un rendez-vous. Quant à la maison, louée à son propre nom et au nom de sa compagne en France voisine, elle leur permettait d'accueillir leurs enfants respectifs, au nombre de cinq, le studio de la rue P\_\_\_\_\_ étant trop petit pour ce faire. La fréquence à laquelle il s'y rendait était tous les week-end et quelques fois la semaine. Concernant sa formation, il a précisé être sans diplôme mais avoir obtenu des certificats internes de Y\_\_\_\_\_ au niveau informatique, non reconnus dans d'autres établissements bancaires. Cette banque l'avait envoyé à New-York, Madrid, Londres pour travailler, à chaque fois pour une période de quatre semaines. Il ne s'estimait plus à jour en

informatique et souhaitait prendre des cours. Suite à la décision de la CCGC, il s'était renseigné quant à son droit de percevoir le chômage en France. Selon la responsable de l'ANPE d'Annecy, il ne pouvait pas y prétendre puisqu'il n'avait jamais cotisé en France et que sa résidence principale n'était pas dans ce

A/2760/2010 - 5/18 - pays. Enfin, le recourant a déclaré qu'il avait étendu ses recherches d'emploi en France, depuis quelques mois. La représentante de l'intimée a précisé que l'enquêteur n'était pas entré dans le studio de la rue P\_\_\_\_\_. Ce dernier n'avait pas interrogé le fils de la compagne de l'assuré au sujet du recourant, pas même s'il logeait là. Il avait seulement constaté que le nom du recourant ne figurait ni sur la boîte aux lettres, ni sur la porte.

#### **E. 15**

Le 17 décembre 2010, le recourant a transmis copie des procès-verbaux de saisie établis le 8 novembre 2010 par l'Office des poursuites, relatifs à l'appartement rue P\_\_\_\_\_ à Genève.

#### **E. 16**

Une audience d'enquêtes s'est tenue le 26 janvier 2011, lors de laquelle Monsieur U\_\_\_\_\_, inspecteur OCE, et Madame P\_\_\_\_\_ ont été auditionnés. Monsieur U\_\_\_\_\_ a déclaré ne pas être entré dans le cabinet sis à Carouge; il ne connaissait donc pas la configuration des locaux, il savait qu'il s'agissait d'un bail à usage commercial. Quant au studio de la rue P\_\_\_\_\_, il s'y était rendu un matin et y avait rencontré un jeune homme, sans pour autant s'être légitimé ni être entré dans l'appartement. Il a confirmé ne pas avoir vu le nom du recourant sur la porte d'entrée ou la boîte aux lettres. S'agissant de la maison louée en France, il ne s'y était pas déplacé mais avait recueilli des renseignements directement auprès de "Pôle emploi". Cet organisme lui avait indiqué que l'assuré avait ouvert deux comptes bancaires en France, sans précision quant au nom de la banque auprès de laquelle le ou les comptes étaient ouverts. Madame P\_\_\_\_\_ a confirmé avoir loué un cabinet de thérapeute à Carouge, à la rue M\_\_\_\_\_ depuis 2007. Elle y pratiquait la sophrologie, entre autres. Ce logement comportait une grande pièce avec sanitaires et cuisine accessoires. Il s'agissait de pièces adjacentes, communes avec deux autres cabinets. Elle ajoutait que la pièce était suffisamment grande pour pouvoir y loger. Elle était utilisée par son compagnon, de temps en temps, par ses enfants à elle. Cela dépannait régulièrement. La maison louée en France depuis 2008 avait pour but de pouvoir accueillir ses enfants ainsi que ceux de son compagnon qui venait de divorcer. Il s'agissait, à l'époque, de trouver un lieu où leurs cinq enfants puissent être accueillis, ce qui était impossible dans un studio. La location d'un grand appartement à Genève était impensable, son compagnon n'en ayant pas les moyens et faisant alors l'objet de poursuites. Elle y résidait avec son ami "passablement de temps", en fonction des emplois du temps respectifs et des contraintes relatives au droit de visite des enfants. La maison en France était située à environ une demi-heure de Genève en voiture. Elle a déclaré que ni elle ni son compagnon n'avaient aucune activité sociale en France, leur centre d'intérêt étant Genève puisque leurs cinq enfants y vivaient. La villa a été louée parallèlement à l'appartement de la rue

A/2760/2010 - 6/18 - P\_\_\_\_\_, soit un grand studio d'environ 40 m<sup>2</sup> équipé d'un grand lit et d'un canapé convertible avec cuisine indépendante et salle de bain. Elle indiquait partager les lieux avec son compagnon et son fils, soit alternativement, soit ensemble.

#### **E. 17**

Dans ses écritures après enquêtes du 16 février 2011, le recourant a persisté dans les termes de son recours. Il a expliqué s'être entretenu avec la direction de "Pôle Emploi", ne disposant d'aucun document attestant que des informations le concernant auraient été transmises à l'enquêteur. L'enquêteur ne se serait jamais adressé au "Pôle emploi" France, pour obtenir ses informations.

#### **E. 18**

Par écriture du 2 mars 2011, la CCGC a maintenu sa position et conclu au rejet du recours. Elle a relevé que le recourant n'avait pas honoré son engagement à fournir l'inventaire de biens prétendument dressé par l'Office des poursuites pour le local de la rue M\_\_\_\_\_ à Carouge. Dès lors, il n'existait aucun indice quant à la présence des affaires du recourant dans ledit appartement. D'autre part, il apparaissait peu probable que le recourant ait cohabité avec les enfants de sa compagne dans le "studio" de Carouge, étant rappelé qu'il s'agissait d'un local commercial composé d'une seule pièce de 24 m<sup>2</sup>, alors que parallèlement il louait une villa en France voisine. Le recourant n'avait apporté aucune preuve visant à faire établir qu'il habitait ce studio. Quant au procès-verbal de saisie relatif à la rue P\_\_\_\_\_, il avait été dressé le 8 novembre 2010, soit postérieurement à la décision litigieuse et la présence d'affaires appartenant au recourant dans le logement concerné ne ressortait pas dudit document. Les propos du recourant étaient d'ailleurs incohérents, puisque d'une part, le 20 octobre 2010, il déclarait qu'un huissier était passé en septembre 2009 pour établir un procès-verbal de saisie à la rue P\_\_\_\_\_ - document qu'il n'a jamais fourni - et que d'autre part il indiquait à l'inspecteur de l'OCE le 14 octobre 2009 qu'il n'habitait à cette même adresse que depuis le 1er octobre 2009, date qui correspond à la prise d'effet du bail et au changement d'adresse effectué auprès de l'OCP.

#### **E. 19**

Le 22 mars 2011, la Cour de céans a gardé la cause à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du

#### **E. 22**

novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

A/2760/2010 - 7/18 - Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). 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 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). 3. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 LPGA). La décision sur opposition date du 18 juin 2010 et les délais sont suspendus du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b et 60 al. 2 LPGA), de sorte que le recours du 16 août 2010 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). Il est également recevable matériellement. 4. Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à nier le droit du recourant à l'indemnité de chômage et à lui réclamer la restitution des indemnités allouées du 13 janvier au 30 septembre 2009 au motif que dès cette date, il ne remplissait plus la condition de domicile en Suisse. 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

A/2760/2010 - 8/18 - 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. 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 7 décembre 2007, 8C\_270/2007, consid. 2.1). Est ainsi déterminant au regard des conditions du droit à des indemnités de chômage, non pas l'exigence d'un domicile civil en Suisse, mais bien plutôt celle de la résidence habituelle dans ce pays, afin de rendre possible le contrôle du chômage subi par l'assuré. Le droit à l'indemnité de chômage suppose donc, selon l'art. 8 al. 1 let. c LACI, la résidence effective en Suisse, ainsi que l'intention de conserver cette résidence pendant un certain temps et d'en faire, durant cette période, le centre de ses relations personnelles (ATF 125 V 469 consid. 5). L'entrée en vigueur de la LPGA n'a pas modifié cette pratique, dès lors que la notion de domicile inscrite à l'art. 13 al. 1 LPGA ne trouve pas application en matière

d'assurance-chômage et ce, même si la LACI ne contient de dérogation expresse qu'à l'égard des étrangers habitant en Suisse (ATAS/726/2008, consid. 4). En particulier, le principe prévu par l'art. 24 al. 1 CC, selon lequel toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau, n'entre pas en ligne de compte pour l'application de l'art. 8 al. 1 let. c LACI (ATF C 121/02 non publié du 9 avril 2003, consid. 2.2). Pour avoir droit à l'indemnité, l'assuré doit remplir cette condition du domicile en Suisse non seulement à l'ouverture du délai-cadre mais pendant tout le temps où il touche l'indemnité. Cette disposition est destinée à empêcher l'exportation de l'indemnité de chômage (Secrétariat d'Etat à l'économie, Circulaire relative à l'indemnité de chômage 2007 B 135, état janvier 2007).

A/2760/2010 - 9/18 - 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 LPG). 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 juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322, consid. 5a). 8. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier et notamment des données de l'OCP que l'assuré est arrivé en Suisse en 1983, alors qu'il avait 19 ans. Suite à une procédure de naturalisation, il a acquis la nationalité suisse en 1997. Il a toujours travaillé en Suisse - sauf mandat extraordinaire et de durée déterminée à l'étranger pour le compte de son employeur suisse - et ses trois enfants sont nés et vivent dans ce pays, à Genève et en Valais. Cependant, à partir du 1er avril 2007, l'assuré n'a plus eu d'appartement à son nom en Suisse. Selon l'historique de l'OCP, il a vécu, de 2007 à 2010, chez sa nouvelle compagne, d'abord à la rue M\_\_\_\_\_ du 1er avril 2007 au 31 septembre 2009 puis à la rue P\_\_\_\_\_ du 1er octobre 2009 à ce jour.

A/2760/2010 - 10/18 - A ce propos, le recourant déclare avoir vécu durant sept mois - en 2007 - dans l'appartement de sa compagne, sis à la rue M\_\_\_\_\_, parfois avec les

enfants de cette dernière, mais le plus souvent en alternance. Il ressort du contrat de bail de cet appartement qu'il s'agissait en réalité d'un local commercial, plus précisément d'un cabinet thérapeutique de 24 m<sup>2</sup> comportant une grande pièce et des sanitaires et cuisine adjacents à deux autres cabinets médicaux. Parallèlement, le recourant, admet avoir contracté, à son nom et à celui de sa compagne, un bail portant sur une maison située à Archamps, en France voisine, à partir de février 2008. Sa situation financière, en particulier le fait qu'il faisait l'objet de poursuites, ainsi que le marché de l'immobilier, rendaient vouée à l'échec la recherche d'un logement en Suisse. Or, il lui fallait pouvoir disposer d'un logement pour accueillir ses enfants, lors de l'exercice du droit de visite. Le recourant soutient que cette villa était utilisée comme une résidence secondaire où il passait ses week-ends et quelques fois la semaine. Il indique par ailleurs avoir gardé ses papiers en Suisse où il a effectué son service militaire. De l'avis de la Cour, ces allégations ne sauraient être considérées comme des indices déterminants en soi, pas plus que l'apport des avis de saisie dont le recourant se prévaut. En effet, ces avis de saisie portent sur le studio de la rue P \_\_\_\_\_, loué au nom de la compagne du recourant depuis le 1er octobre 2009, soit postérieurement à la période litigieuse qui court du 13 janvier au 30 septembre 2009, période au cours de laquelle le recourant a perçu des indemnités de chômage. De plus, il ne ressort pas desdits avis de saisie que le recourant ait eu des objets personnels dans ce studio. Par ailleurs, au vu notamment de ce qui précède et de la situation financière du recourant - et du fait qu'il n'a pas apporté la preuve de la résiliation du bail de sa villa en France, bien qu'il ait allégué que celui-ci devait se terminer pour cause de moisissures - il n'apparaît pas que la location à Archamps doive être considérée comme temporaire. À plus forte raison encore lorsque l'on sait que le recourant doit disposer d'un logement suffisamment grand pour accueillir ses enfants, lors de l'exercice du droit de visite. Dès lors, les explications du recourant apparaissent peu crédibles et ne permettent pas d'emporter la conviction de la Cour de céans au degré de la vraisemblance prépondérante. Disposant d'une villa à moins de trente minutes du centre genevois, il apparaît peu vraisemblable - et le recourant ne fournit à ce propos aucune explication satisfaisante qui pourrait justifier ce choix de vie - qu'à partir de février 2008 et jusqu'à la décision litigieuse, il ait effectivement continué à vivre dans un local commercial de 24 m<sup>2</sup> à Genève. Au vu de ce qui précède, la Cour de céans considère qu'à partir de février 2008, le recourant a eu sa résidence habituelle en France et qu'il ne satisfait donc pas à l'exigence posée par l'art. 8 al. 1 let. c LACI.

A/2760/2010 - 11/18 - Il convient néanmoins d'examiner si le recourant peut faire valoir exceptionnellement son droit au chômage, en se prévalant de liens personnels et professionnels étroits avec la Suisse. 9. a) Si l'existence d'une résidence habituelle en Suisse est, sous l'angle du droit interne uniquement (art. 8 al. 1 let. c 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 8 décembre 2009 que celle sur opposition du 18 juin 2010 concernent le droit du recourant à l'indemnité de chômage à partir du mois de janvier 2009, 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). L'ALCP et le règlement n° 1408/71 sont également applicables *ratione personae*, dès lors que l'assuré, de nationalité suisse, est ressortissant d'un Etat contractant (art. 1 al. 2 de l'annexe II ALCP) et a été soumis à la législation suisse en tant que travailleur salarié dans un Etat 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). Dans ces conditions, il lui est possible de se prévaloir de ces dispositions, aussi à l'encontre de son Etat d'origine (ATF 133 susmentionné), étant

A/2760/2010 - 12/18 - rappelé que selon l'art. 4 par. 1 let. g du règlement n° 1408/71, ce dernier s'applique aussi à la législation en matière d'assurance-chômage. Les personnes auxquelles le règlement n° 1408/71 est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat 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 Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. 10. 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'Etat 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). 11. 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 Etat membre autre que l'Etat 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 MIETHE, 1/85, Rec. 1986, p. 1837, consid. 7.1 et 10.2 - 10.4, résumée à l'ATF 133 V 169, consid. 6.3).

A/2760/2010 - 13/18 - 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 février 2008, il convient à présent d'examiner s'il doit être considéré, à l'instar de la disposition précitée, comme un "vrai" ou "faux frontalier". 12. 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 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

A/2760/2010 - 14/18 - réinsertion dans ce pays (arrêt de la CJCE du 12 juin 1986, MIETHE, 1/85, Rec. P. 1837, points 17 et 18). Concrètement, dans l'affaire MIETHE, la CJCE avait considéré que c'était à tort que les autorités allemandes avaient invité Monsieur Horst MIETHE - 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 MIETHE avait conservé en Allemagne un bureau 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). En l'espèce, il ressort des déclarations du recourant qu'il se rendait chaque week-end dans sa villa en France et parfois même en semaine dès février 2008, de sorte qu'il doit être considéré comme un "vrai frontalier", conformément au développement qui précède. Il convient néanmoins d'examiner s'il peut exceptionnellement faire valoir son droit au chômage en Suisse en se prévalant de liens professionnels et personnels étroits avec ce pays, à l'instar de l'affaire MIETHE. 13. a) 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). b) 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 MIETHE, 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). 14. a) Selon l'intimée, la CJCE aurait commandé une application restrictive de la jurisprudence MIETHE. Or, à l'ATF 133 V 169, le Tribunal fédéral a considéré que l'analyse de la décision MIETHE et des conclusions de l'avocat général ne

A/2760/2010 - 15/18 - confirmaient pas l'interprétation restrictive invoquée par le SECO. En effet, ladite jurisprudence n'exige pas, notamment, l'existence de liens plus étroits avec l'Etat du dernier emploi qu'avec l'Etat de résidence mais uniquement l'existence de liens avec l'Etat d'emploi de nature à faire apparaître les meilleures chances de réinsertion professionnelle, seules ces dernières devant donc être plus importantes dans l'Etat du dernier emploi (consid. 10.3.5 et 10.3.6). Par conséquent, il convient de s'écarter des directives du SECO à ce sujet dès lors qu'elles retiennent des critères qui ne sont pas déterminants au vu de la jurisprudence. b) En l'espèce, eu égard notamment au fait que les trois enfants du recourant sont domiciliés en Suisse - à Genève et en Valais - qu'il a vécu à Genève depuis l'âge de dix-neuf ans, qu'il s'y est marié et a acquis, suite à une procédure de naturalisation, la nationalité suisse, la condition de l'existence de liens personnels avec la Suisse est indéniablement remplie, contrairement à ce que soutient l'intimée. D'ailleurs sa compagne actuelle a déclaré que ni elle ni le recourant n'avaient noué de liens d'amitiés en France et qu'ils ne participaient à aucune activité socioculturelle dans ce pays, contrairement à Genève où ils ont de nombreux amis et où ils ont toujours gardé la possibilité de loger. Le recourant est par ailleurs resté inscrit à l'OCP et a effectué son service civil à Carouge. Reste donc à examiner si la seconde condition cumulative, relative à l'étroitesse des liens professionnels, est également réalisée en l'occurrence, ce que réfute

également l'intimée. 15. S'agissant des indices indiquant que le travailleur a des relations professionnelles étroites dans l'Etat d'emploi, le SECO cite, à titre d'exemples, le fait que la dernière profession apprise par le travailleur ne peut être exercée principalement que dans l'Etat de dernier emploi (diplôme national), qu'il a un second domicile à son lieu de travail, de sorte qu'il ne rentre pas régulièrement - au moins une fois par semaine - à son domicile officiel et qu'il travaille depuis plusieurs années déjà dans ce pays (B57). 16. C'est le lieu de rappeler que les instructions de l'administration, en particulier de l'autorité de surveillance, ne font que donner le point de vue de l'administration sur l'application d'une règle de droit et non une interprétation contraignante de celle-ci. Le Tribunal en contrôle librement la légalité et doit s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 132 V 321 consid. 3.3 et les arrêts cités). 17. 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

A/2760/2010 - 16/18 - 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 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 (cf. 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 MIETHE 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 Etats 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

A/2760/2010 - 17/18 - prestations, des services fournis par l'administration de l'emploi, ou encore du taux de chômage dans les Etats 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 MIETHE, du 27 février 1986, Rec. p. 1842). 18. En l'espèce, il est vrai 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. Il convient néanmoins de relever qu'il a été formé sur le tas, dans l'administration, les entreprises suisses et en particulier dans une banque où il a obtenu des certificats internes à la banque (formateur interne pour les collaborateurs de la banque, certificats en informatique). Il est arrivé en Suisse à l'âge de dix-neuf ans, étant précisé que s'il a effectivement été dépêché à l'étranger, ce n'était que pour de courtes périodes (quatre semaines au maximum) et toujours pour le compte de la banque suisse. Le recourant a ainsi travaillé pendant plus de 20 ans en Suisse, pays dans lequel il a accompli toute sa carrière professionnelle avant de tomber au chômage. Il est ainsi mieux à même de faire valoir ses compétences particulières sur le marché de l'emploi en Suisse. De plus, le recourant s'est toujours mis à disposition du marché du travail suisse et ce n'est qu'à partir du moment où l'intimée lui a nié son droit aux prestations qu'il a commencé à présenter des candidatures en France, sans succès d'ailleurs. Enfin, le recourant possède un pied à terre en Suisse, auprès de sa compagne qui a confirmé louer un studio à Genève. La location d'une maison en France était essentiellement motivée par sa situation personnelle et financière ; suite à son divorce, aux poursuites, il n'était pas en mesure de se trouver un logement à Genève afin d'y recevoir normalement ses enfants lors de l'exercice du droit de visite. Partant, la Cour de céans considère qu'il convient d'admettre en l'espèce que le recourant a en tout état de cause conservé des liens personnels et professionnels étroits avec l'Etat du dernier emploi, en l'occurrence la Suisse, propres à lui donner les meilleures chances d'y retrouver un emploi. Il est en effet indéniable que le recourant, âgé aujourd'hui de 47 ans, dispose de plus grandes chances de réinsertion professionnelle en Suisse, pays où il s'est établi très jeune et où il a toujours travaillé. C'est donc à tort que la caisse a nié au recourant le droit à l'indemnité de chômage dès le 13 janvier 2009 et qu'elle lui a réclamé la restitution des prestations versées du 13 janvier au 30 septembre 2009. 19. Le recours doit ainsi être admis et les décisions de la caisse des 8 décembre 2009 et 18 juin 2010 annulées.

A/2760/2010 - 18/18 - 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.