

GE_GERICHTE ATAS/862/2011 vom 14. September 2011

GE Cour de justice, 2011-09-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_862_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/862/2011 du 14 septembre 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/862/2011 del 14 settembre 2011

Regeste

Résumé: En matière d'assurance-chômage, l'action en restitution de prestations indues (25 LPGA, 95 LACI) est soumise au délai de prescription pénale, lorsque les prestations perçues sans droit ont pour origine une infraction pénale. Qualifier pénalement le comportement tenu est donc une question préjudicielle qu'il incombe aux autorités administratives de trancher, ce tant que la question n'a pas été résolue par une décision en force de chose jugée des autorités pénales (art. 14 LPA). Ainsi, est en particulier constitutif d'une escroquerie, le comportement qui - comme en l'espèce - consiste à signer des demandes d'indemnités de chômage sur lesquelles un domicile à Genève était déclaré et ne pas faire figurer au registre du commerce sa position d'employeur, alors que le contrevenant occupait de fait une position de dirigeant.

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 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/3337/2009 - 16/30 - Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue 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.

E. 2

Interjetés dans le délai et la forme prescrits par la loi, les recours sont recevables (art. 56 ss LPGA).

E. 3

Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si les recourants ont touché indûment des prestations de chômage d'un montant de 232'676 fr. durant les périodes de mai 1999 à mai 2001, de juin 2001 à mai 2003 et de juin 2004 à décembre 2005, en ce qui concerne le recourant, et de 1'675 fr. 60 pendant la période d'avril et mai 2007, s'agissant de la recourante. Il convient également d'examiner si l'intimée est encore en droit de demander la restitution des prestations le cas échéant indûment perçues.

E. 4

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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

E. 5

En vertu de l'art. 8 al. 1er 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).

E. 6

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). Sont ainsi exigées, selon cette disposition légale, la résidence effective en Suisse, ainsi que l'intention de conserver cette résidence

A/3337/2009 - 17/30 - 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. 1er 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. 1er 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 non publié du 9 avril 2003, C 121/02, consid. 2.2).

E. 7

En l'espèce, il a été constaté, dans l'arrêt du 2 février 2011 de la Cour de céans (ATAS/120/2011) dans une cause parallèle opposant le recourant à l'HOSPICE GENERAL, que leur domicile était en France. Dans cet arrêt, la Cour a retenu que, selon la chronologie des faits, l'épouse du recourant a loué un studio à la rue G_____ à Genève du 1er octobre 1996 au 31 juillet 2006, alors que de son côté le recourant a loué, le 27 août 1996, l'aile ouest d'une maison individuelle à la route du Noiret n° 1009 à Cruseilles (cf. contrat de location du 27 août 1996). Par contrat du 30 août 2002, la SCI X_____, représentée par le père du recourant, a acquis un terrain à l'adresse à Saint-Blaise destiné à la construction de deux villas à usage d'habitation. Puis le recourant a loué un appartement à Cruseilles avec état des lieux d'entrée effectué le 1er août 2002 (rapport des inspecteurs de la police judiciaire du 28 juin 2007) jusqu'au 31 juillet 2005

(lettre de résiliation de bail du 28 avril 2005). En 2004, deux villas ont été construites sur le territoire de la commune de Saint-Blaise rue ou Sur Bondet, étant précisé que le permis de construire a été délivré au nom de la SCI X_____.

Enfin, dès le 1er août 2006, le recourant et sa famille ont bénéficié d'un logement HBM de 4,5 pièces au chemin O_____ à Genève, logement que le recourant a accepté sans même le visiter (déclaration de la directrice adjointe à la Direction du logement du 27 juin 2007).

Concernant l'adresse Sur Bondet, à St Blaise, il ressort du dossier pénal que le recourant et son épouse ont fondé le 1er juin 2001 la société civile X_____, avec siège à leur adresse à Cruseilles à l'époque. Le but de cette société est l'acquisition, la gestion et l'administration de tous biens immobiliers, en particulier de ceux lui appartenant. Le capital social de la société de 2'000 euros était réparti à parts égales entre le recourant et son épouse. Ceux-ci ont ensuite demandé un crédit au Crédit Agricole. Selon l'offre de cet établissement du 15 juillet 2002, figurant dans la procédure pénale, le crédit est demandé pour "X_____", représentée par le recourant et son épouse. Le crédit est destiné à l'acquisition d'un terrain et la construction d'une maison pour une résidence principale à St-Blaise. Par acte notarié du 30 août 2002, la société est devenue propriétaire d'un terrain au lieudit Sur Bondet à St-Blaise au prix de 167'700 euros. Cette somme provient, selon les A/3337/2009 - 18/30 - déclarations de l'acquéreur, à concurrence de 167'589, 86 euros d'un prêt accordé par le Crédit agricole des Savoie. A la même date, le recourant et son épouse, en leur propre nom, se sont formellement engagés à consentir un bail à long terme à la SAFER sur la partie agricole de la parcelle que la société X_____ a achetée. A cela s'ajoute que l'ancien maire de Saint-Blaise a répondu au Tribunal que le recourant et son épouse ont construit en 2004 sur le territoire de la commune et que le permis de construire a été délivré au nom de la SX_____ dont le recourant est actionnaire. Quant au nouveau maire, il s'est contenté de répondre strictement aux questions posées par le recourant, sans examiner s'il y avait lieu d'étendre ses réponses à la situation de propriété réelle. Le fait que le recourant ne soit pas annoncé comme résident permanent dans la commune n'exclut en outre pas qu'il le soit dans la réalité. Il est exact, juridiquement, qu'il n'est pas propriétaire du bien immobilier, s'il détient uniquement des actions ou parts sociales dans une société qui possède l'immeuble. Cela n'empêche cependant pas qu'il doive le cas échéant être considéré comme propriétaire économique de ce bien. De surcroît, le nouveau maire a attesté des faits postérieurs à la période litigieuse et qui peuvent donc avoir changé. Le vendredi 8 juin 2007, une perquisition à l'adresse au lieudit Sur Bondet à Saint-Blaise a eu lieu. S'y trouvait le fils de 16 ans du recourant. Il ressort du rapport de commission rogatoire du 19 juin 2007 que la maison à cet adresse est située sur une parcelle comportant deux villas dont l'une est occupée par le recourant et sa famille. Celui-ci cherchait à vendre la seconde villa au prix de 575'000 euros. Le juge d'instruction a constaté, dans son rapport du 19 juin 2007, que le compteur des SIG dans l'appartement sis chemin O_____, affichait lors de la visite à ce domicile en date du 7 juin 2007 le même chiffre qu'il y a neuf mois, lorsque les recourants ont pris possession de cet appartement, alors même que le compteur fonctionnait bien. Il n'est pas contesté que les enfants des recourants étaient, pendant la période litigieuse, scolarisés en France. Leur fils était élève au Lycée de Saint-Julien à Saint-Julien-en-Genevois (France) depuis septembre 2005 et avait mentionné une adresse de résidence Sur Bondet à Saint-Blaise (France). Lors de son arrestation en date du 7 juin 2007, le recourant a admis que deux voitures étaient immatriculées en France à son nom (procès-verbal d'interrogatoire du 7 juin 2007). Les éléments produits dans la présente procédure ne permettent pas de faire une appréciation

différente du domicile des recourants. En ce qui concerne les attestations versées par les recourants à la procédure, il y a lieu de relever qu'il s'agit de copies, ce qui réduit considérablement leur valeur probante. Par ailleurs, seul Monsieur GOMEZ a déclaré qu'il s'était rendu dans le logement au chemin

A/3337/2009 - 19/30 - O_____, les autres personnes s'étant contentées d'affirmer que les recourants ont habité à Genève, à part une période pendant les années 1990 dans le canton de Vaud. Quant à l'attestation de Monsieur G_____, elle est contredite par les déclarations de celui-ci en date du 6 juillet 2007 S'agissant de la facture de Swisscom du 16 janvier 2006 produite par les recourants, elle ne concerne que les mois de novembre et décembre 2005, ce qui est une preuve insuffisante d'une résidence effective durant les périodes considérées. Par ailleurs, les photos produites de l'appartement au chemin O_____, elles sont largement postérieures aux périodes en cause et peuvent de surcroît constituer des mises en scène, de sorte qu'elles sont inaptes à prouver les faits invoqués. Cela étant, la Cour de céans maintient que les recourants non seulement résidaient, mais avaient également leur domicile en France depuis 1996.

E. 8

La condition du domicile n'étant pas remplie durant les périodes en cause, il appert que le recourant a touché les indemnités de chômage indûment durant les périodes du 16 juin 1999 au 6 juin 2001 et du 6 juillet 2001 à mai 2002.

E. 9

En effet, pour les périodes de juin 2002 à mai 2003 et de juin 2004 à décembre 2005, s'agissant du recourant, et pour la période du 26 avril au 25 mai 2007, en ce qui concerne son épouse, se pose encore la question de savoir si, dès l'entrée en vigueur de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) en date du 1er juin 2002, les recourants doivent être considérés comme des travailleurs frontaliers atypiques, de sorte qu'il pourraient continuer à bénéficier des indemnités de chômage en Suisse.

E. 10

a) Pour les activités exercées en Suisse, les recourants devaient être considérés comme travailleurs frontaliers au sens du droit communautaire, à savoir des travailleurs salariés qui exercent leurs activités professionnelles sur le territoire d'un Etat membre et résident sur le territoire d'un autre Etat membre, où ils retournent en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine, en vertu de la définition donnée à l'art. 1er let. b du Règlement (CEE) no 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 1408/71; RS 0.831.109.268.1). b) L'art. 13 par. 1 du Règlement 1408/71 énonce le principe de l'unicité de la législation applicable en fonction des règles contenues aux art. 13 par. 2 à 17bis, dans le sens que la législation d'un seul Etat membre est applicable. En principe, le travailleur salarié est soumis à la législation de son Etat d'occupation salariée, même s'il 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. L'Etat compétent est donc en principe l'Etat d'emploi (art. 13 par. 2 let. a

A/3337/2009 - 20/30 - du Règlement 1408/71; ATF 133 V 137 consid. 6.1 p. 143). Les dispositions du règlement relatives aux prestations de chômage précisent également que l'Etat compétent en la matière est celui du dernier emploi (cf. les art. 67 et 68 du Règlement 1408/71 qui fixent les modalités de calcul des prestations de chômage; ATF 133 V 169 consid. 5.2 p. 175). c) Selon l'art. 71 du Règlement 1408/71, le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel 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 (art. 71 par. 1 let. a point ii). Le Tribunal fédéral a à cet égard exposé que cette réglementation reposait sur des considérations sociales et d'efficacité pratique. L'obligation du chômeur complet de se mettre à disposition des services de l'emploi s'exécutait plus aisément dans l'Etat de résidence du travailleur frontalier et c'était également dans cet Etat que le chômeur disposait des meilleures conditions pour retrouver un emploi (ATF 133 V 169 consid. 6.3 p. 177). Cependant, le travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier («faux frontalier») au chômage complet 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 du dernier emploi ou des services de l'emploi sur le territoire de l'Etat de résidence (art. 71 par. 1 let. b point ii du Règlement 1408/71; ATF 133 V 169 consid. 6.2 p. 177 et les références). Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), le travailleur frontalier au chômage complet peut exceptionnellement faire valoir son droit à des indemnités de chômage dans l'Etat où il a exercé sa dernière activité professionnelle. Celle-ci a en effet jugé que la rigueur de la règle générale de rattachement à l'Etat de résidence devait être atténuée lorsqu'elle conduisait à des résultats inéquitables ou insatisfaisants. Selon la CJCE, cela doit être reconnu lorsque le chômeur a des liens beaucoup plus étroits avec l'Etat où il a exercé son dernier emploi. Dans de tels cas, la CJCE admet que l'on est en présence de «travailleurs frontaliers atypiques» ou de «faux frontaliers» qui ne doivent pas être traités comme les «vrais frontaliers», mais qui rentrent dans la catégorie du «travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier» au sens de l'art. 71 par. 1 let. b du Règlement 1408/71. Ils disposent alors d'un droit d'option entre les prestations de l'Etat d'emploi et celles de l'Etat de résidence. Cette faculté de choix est subordonnée à deux conditions cumulatives: le chômeur doit avoir 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, Miethe, 1/85, Rec. p. 1837, points 17 et 18).

A/3337/2009 - 21/30 -

E. 11

a) En ce qui concerne le recourant, il convient de constater que celui-ci est né au Portugal en 1959, où il a effectué toute sa scolarité. Il n'est venu en Suisse qu'en 1986, à savoir à l'âge de 27 ans. Par ailleurs, sa sœur et son père vivent au Portugal. Il est vrai que, pendant 20 ans, il n'a travaillé qu'en Suisse, qu'il s'y est marié et que ses deux enfants y sont nés. Son épouse est suisse, a suivi sa scolarité et sa formation professionnelle en Suisse et y a toujours travaillé. Néanmoins, du fait que les recourants habitent depuis 1996 en France où ils ont acquis, par l'intermédiaire la SX_____, en 2002 un terrain sur lequel ils ont construit une maison, que le recourant est de nationalité portugaise, n'est venu en Suisse qu'à l'âge de 27 ans et que sa famille réside au Portugal, il ne saurait en l'espèce être admis

qu'il a conservé, en dehors de son travail, des liens suffisamment étroits avec la Suisse pour que l'on puisse le considérer comme un frontalier atypique. A cet égard, il y a lieu de relever que le cas du recourant est différent de la situation jugée dans l'arrêt Miethe, lequel concernait un ressortissant allemand qui avait acquis sa formation professionnelle en Allemagne où il avait constamment travaillé et résidé. Le cas du recourant est également différent de celui jugé par notre Haute Cour dans l'ATF 133 V 169, où il s'agissait d'une personne de nationalité suisse, qui était née, avait grandi en Suisse et y avait obtenu un certificat d'employée de commerce. Enfin, le recourant n'a pas acquis une formation spécifique en Suisse, de sorte qu'il n'apparaît pas qu'il aurait plus de facilités de trouver un travail en Suisse qu'en France. Quant à l'activité d'employé de banques, la Cour de cassation doute qu'il puisse encore trouver du travail dans ce domaine en Suisse, dès lors qu'il doit 200'000 fr. à une banque portugaise, pour laquelle il a travaillé à Genève. b) S'agissant de l'épouse, la situation se présente différemment, dès lors qu'elle est de nationalité suisse, est née et a accompli sa scolarité, ainsi que sa formation professionnelle en Suisse où elle a toujours travaillé. Toutefois, compte tenu de ce qui suit, cette question peut rester en l'occurrence ouverte, les indemnités journalières ayant été en tout état de cause indûment versées pour un autre motif.

E. 12

a) Selon la jurisprudence (ATF 123 V 234), un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition légale, n'ont pas droit à l'indemnité les personnes qui fixent les décisions

A/3337/2009 - 22/30 - que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. A cet égard, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il n'y a pas lieu de se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n° 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV n° 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire

de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (cf. ATF 122 V 273 consid. 3; DTA 2004 n° 21 p. 198 consid. 3.2; ATFA du 27 janvier 2005, cause C 45/04). c) Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait, peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral des assurances a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur.

A/3337/2009 - 23/30 - Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (ATFA du 14 avril 2003, cause C 92/02, du 29 août 2005, cause C 163/04).

E. 13

Il ressort en l'occurrence du rapport du 19 juin 2007 de la police judiciaire, que l'administratrice inscrite au registre du commerce de 1997 à 2006, Madame B_____, a déclaré avoir fonctionné comme administratrice « fantôme » pour la société X_____ SA et que les recourants étaient les seuls animateurs de la société depuis plusieurs années. Par ailleurs, pendant la période litigieuse en 2007, Madame B_____ n'était plus administratrice, ayant été radiée du registre du commerce fin 2006. A cela s'ajoute que la recourante était la seule employée de cette agence. Elle a également signé la lettre de licenciement de son époux, ainsi que les attestations de l'employeur à l'attention de l'intimée et les décomptes de salaires. Partant, au degré de la vraisemblance prépondérante, il convient d'admettre que la recourante était administratrice de fait de cette société. Par conséquent, elle ne remplit pas les conditions du droit aux indemnités de chômage, conformément à la jurisprudence précitée.

E. 14

a) En ce qui concerne le recourant, il doit également être retenu qu'il était administrateur de fait, comme cela résulte de la déclaration précitée de Madame B_____. Cela est aussi confirmé par la déposition de Monsieur G_____ qui a déclaré que le recourant était venu dans son entreprise pour acheter des fax, photocopieuse et téléphones pour X_____ SA. Il supposait que cette agence appartenait aux recourants. Le recourant lui-même a aussi admis implicitement, lors de son interrogatoire par le juge d'instruction en date du 7 juin 2007, être l'administrateur et le propriétaire de cette agence, en déclarant qu'il était arrivé que l'agence paye les billets commandés par des clients avec l'argent reçus de clients précédents. La perquisition de la maison des recourants en France a en outre permis de mettre la main sur des documents de l'agence, ainsi que des certificats d'action au porteur de celle-ci, ce qui démontre également que le recourant était l'employeur

A/3337/2009 - 24/30 - de fait et propriétaire économique de la société avec son épouse. Il a enfin été surpris en avril 2007 par Monsieur D_____ en train de vider l'arcade de l'agence. b) En tout état de cause, même en admettant que seule son épouse était l'employeur de fait, le recourant n'aurait pas non plus pu bénéficier des indemnités de chômage pour un autre motif. En effet, les conjoints des personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement -, en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou de détenteur d'une participation financière de l'entreprise n'ont pas non plus droit à l'indemnité de chômage, selon la jurisprudence, s'ils ont occupées dans l'entreprise (cf. ATF non publié du 17 novembre 2006 C 192/05, consid. 2 et les références, notamment arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 123/99 du 26 juillet 1999). Car les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (ATF non publié du 7 décembre 2006, C 156/06, consid. 2 ; ATF du 29 août 2005, cause C 163/04). En l'occurrence, dès lors qu'il a été admis que l'épouse du recourant revêtait une position d'employeur, le recourant ne remplissait donc pas non plus les conditions légales pour bénéficier des indemnités de chômage pour ce motif, au vu de la jurisprudence précitée.

E. 15

Dans la mesure où il résulte de ce qui précède que les prestations litigieuses ont été indûment versées, la Cour de céans se dispensera d'examiner si elles auraient également dû être refusées pour les autres motifs invoqués par l'intimée.

E. 16

Les recourants contestent en outre la quotité des indemnités journalières reçues. Cependant, comme le relève à juste titre l'intimée, ils ne contestent pas en avoir reçu. Dans ces conditions, il leur appartenait de préciser quel était le montant contesté, à l'aide des relevés bancaires. En effet, en vertu de l'art. 22 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10), les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits. Quant à l'intimée, elle a justifié sa créance en produisant les décomptes d'indemnités. A cet égard, il paraît totalement invraisemblable que les recourants n'aient jamais reçu ces décomptes, d'autant plus qu'ils n'auraient certainement pas manqué de les réclamer, ne serait-ce que pour leur déclaration fiscale.

A/3337/2009 - 25/30 - Cela étant, la Cour admettra que l'intimée a versé au recourant des prestations d'un montant de 232'676 fr. pendant les périodes litigieuses et de 1'685 fr. 60 en 2007 à la recourante.

E. 17

Il convient dès lors d'examiner si les conditions formelles pour demander la restitution des prestations sont remplies a) En vertu de l'art. 95 al. 1er LACI, en relation avec l'art. 25 LPGA, la caisse doit exiger la restitution de prestations indûment versées. La jurisprudence rappelle que cette demande de restitution ne peut se faire que pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1). L'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF du 12 mars 2001, C 402/00, consid. 1a; ATF 126 V 42, consid. 2b). Le non-respect d'une norme dans une situation de fait qui en commande clairement l'application relève bien d'une décision sans nul doute erronée (ATF du 7 décembre 2007, C 32/07, consid. 3.2). Quant à l'importance notable de la rectification, ce critère est réalisé dès que la rectification porte sur un montant qui dépasse plusieurs centaines de francs (Boris Rubin, Assurance- chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 827). b) Dans le cas présent, il a d'ores et déjà été établi que des indemnités de chômage ont été versées à tort. Il faut donc admettre que la disposition légale topique n'a pas été correctement appliquée et, partant, que le versement des prestations était manifestement erroné. Quant à la question de savoir si la rectification de cette erreur revêt une importance notable, elle doit être à l'évidence tranchée par l'affirmative dans la mesure où les montants en cause s'élèvent à respectivement 232'676 fr. et 1'685 fr. 60.

E. 18

Reste à examiner si la demande de la caisse est intervenue en temps utile. Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, 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. Sur ce point, la réglementation prévue par la LPGA reprend, matériellement, le contenu de l'ancien art. 95 al. 4 1ère phrase LACI. Nonobstant la terminologie légale, il s'agit de délais de péremption (ATF 124 V 380, consid. 1). 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

A/3337/2009 - 26/30 - 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 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. 19

En l'espèce, les recourants contestent en premier lieu que l'intimée ait respecté le délai de péremption d'une année. Ils font valoir que ce délai a commencé à courir à partir du moment où le responsable de l'intimée, Monsieur F_____, a été entendu par la police judiciaire ou, au plus tard, dès que le juge d'instruction a délivré le « n'empêche » en date du 18 septembre 2007. Quant à l'intimée, elle se prévaut de ce qu'elle a pu consulter le dossier pénal seulement le 9 octobre 2007 et que c'est seulement à partir de ce moment qu'elle a eu connaissance des faits ayant fondés sa demande de restitution.

A/3337/2009 - 27/30 - Il est vrai, que l'intimée avait des soupçons sur le domicile effectif en France des recourants déjà au moment de l'audition du responsable du Service des prestations. Toutefois, elle ne disposait alors d'aucune pièce pour étayer ses soupçons et ne pouvait en particulier pas encore déterminer l'ampleur des prestations indûment versées. Elle devait notamment examiner si un domicile à l'étranger existait déjà lors des premières inscriptions au chômage du recourant. De surcroît, la demande de restitution est également basée sur d'autres motifs que celui du domicile, à savoir en particulier la position comparable à celle d'un employeur. Or, l'intimée pouvait connaître ces faits seulement après avoir pris connaissance des pièces de la procédure pénale, soit le 9 octobre 2007. Par ailleurs, un manque de diligence et d'attention pour procéder aux investigations nécessaires ne peut être reproché à l'intimée. En effet, peu après l'audition de son responsable en date du 18 juin 2007, elle a demandé, par courrier du 28 juin 2007, l'autorisation de consulter le dossier pénal. Son courrier était cependant resté sans réponse. L'intimée a alors interpellé à ce sujet la police judiciaire en date du 5 septembre 2007 et le "n'empêche" n'a été délivré que le 18 suivant. Le 25 septembre 2007, l'intimée a pris contact avec la greffière du juge d'instruction pour consulter le dossier en date du 9 octobre 2007. Le retard de communication de la procédure pénale est donc essentiellement dû aux autorités pénales. Partant, les décisions des 3 et 7 octobre 2008 respectent le délai légal d'une année.

E. 20

a) En ce qui concerne les prestations versées au recourant pendant la période de juin 2004 à décembre 2005, et d'avril à mai 2007 à la recourante, il convient également constater que

celles-ci ne sont pas atteintes par l'expiration du délai de prescription absolue de cinq ans à compter des décisions des 3 et 7 octobre 2008. b) Tel ne peut cependant pas être le cas pour les indemnités accordées au recourant de mai 1999 à mai 2001 et de juin 2001 à mai 2003. 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 de prescription plus long. En l'occurrence, c'est l'infraction d'escroquerie qui entre en ligne de compte, 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)). Jusqu'au 30 septembre 2002, ce délai était de 10 ans, selon l'art. 70 aCP. c) Il s'agit d'une question préjudicielle, laquelle est en principe de la compétence des autorités pénales. Néanmoins, les autorités administratives sont compétentes pour les examiner, tant que cette question n'est pas résolue par une décision entrée en force de chose jugée des juridictions pénales (art. 14 LPA).

E. 21

a) 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

A/3337/2009 - 28/30 - 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. b) En l'espèce, le recourant a signé trois demandes d'indemnités de chômage, sur lesquelles il a déclaré être domicilié rue G _____ à Genève. C'est également cette adresse que mentionnait la base de données de l'OCP jusqu'au 1er octobre 2006, date à laquelle l'adresse chemin O _____ est indiquée. Par ailleurs, cette adresse figurait sur l'attestation de l'employeur signée par son épouse. L'ensemble de ces circonstances a maintenu l'apparence que le recourant était domicilié à Genève. 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. Cela étant, il convient d'admettre que le fait d'indiquer une adresse à Genève, alors même que le recourant et sa famille habitaient en France, constitue in casu une

A/3337/2009 - 29/30 - tromperie astucieuse au sens de la loi, de sorte que les éléments constitutifs de l'escroquerie sont réalisés. A cela s'ajoute que le recourant a également astucieusement dissimulé sa position d'employeur et celle de son épouse. En effet, en dépit du fait que les recourants exploitaient seuls l'agence de voyage, comme cela a été constaté ci-dessus, ils se sont bien gardé de le mentionner au registre du commerce. Dans un premier temps, seule l'épouse était mentionnée comme administratrice, puis elle s'est fait radier de cette fonction en mars 1998 pour faire inscrire une administratrice fictive, Madame B_____. Néanmoins, elle et son mari ont continué à travailler dans l'agence comme auparavant. Dans ces conditions, il était impossible à l'intimée de se rendre compte que le recourant était le conjoint d'un employeur, voire qu'il revêtait lui-même cette position. Or, pour l'intimée, la seule façon de contrôler si un chômeur possède la double qualité d'employé et d'employeur consiste à consulter le registre du commerce concernant la société employeur. Si les dirigeants de fait ne se sont pas faits inscrire, elle n'a aucune possibilité de le contrôler. Par conséquent, l'omission de mentionner les recourants comme administrateurs ou directeurs x_____ SA au registre du commerce doit être assurément qualifiée d'astucieuse. L'infraction d'escroquerie étant réalisée, il y a lieu d'appliquer le délai de prescription pénal. Il résulte de ce qui précède que la prétention en restitution des prestations octroyées à partir de 1999 n'est pas prescrite, moins de 10 ans s'étant écoulés entre la commission de l'infraction et la décision du 3 octobre 2008.

E. 22

Les recours seront par conséquent rejetés.

E. 23

La procédure est gratuite.

A/3337/2009 - 30/30 - 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.