

# **GE\_GERICHTE ATAS/948/2023 vom 30. November 2023**

GE Cour de justice, 2023-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_948\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_948_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/948/2023 du 30 novembre 2023

IT: GE\_GERICHTE ATAS/948/2023 del 30 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée du 29 août 2019 de nier rétroactivement à la recourante le droit à l'indemnité de chômage pour la période du 21 octobre 2016 au 3 novembre 2017 – aux motifs qu'elle avait conservé une position assimilable à celle d'un employeur et avait transféré son domicile en France – et de lui réclamer la restitution des montants versés durant ce laps de temps.

### **E. 4**

Il convient en premier lieu d'examiner si les conditions de la restitution étaient réunies.

#### **E. 4.1**

En vertu de l'art. 25 LPGA, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1). 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 (al. 2). Depuis le 1er janvier 2021, le droit de demander la restitution s'éteint trois ans 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 (art. 25 al. 2 1ère phr. LPGA dans sa nouvelle teneur dès cette date). Selon la jurisprudence, l'obligation de restituer prévue par l'art. 25 al. 1 LPGA implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1er et 2 LPGA) de la décision par laquelle les prestations

A/4283/2022 - 7/14 - ont été accordées (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_398/2021 du 22 février 2022 consid. 5.1).

#### **E. 4.2**

Les délais de l'art. 25 al. 2 LPGA sont des délais relatif et absolu de péremption, qui doivent être examinés d'office (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_535/2020 du 3 mai 2021 consid. 3.2). Le délai de péremption absolu de cinq ans commence à courir à la date du versement effectif de la prestation. Il met un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2).

#### **E. 4.3**

En l'occurrence, les conditions de la restitution sont réalisées, dès lors que la découverte du fait que l'assurée ne logeait en réalité pas à l'adresse indiquée dans sa demande de prestations et qu'elle aurait conservé une position assimilable à celle de l'employeur malgré sa radiation au RC sont des faits nouveaux importants justifiant la révision au sens de l'art.

53 al. 1 LPGA. L'intimée a par ailleurs agi dans le délai légal puisqu'elle a rendu sa décision de restitution moins d'une année après la réception du rapport d'enquête de l'OCE et moins de cinq ans après le versement des prestations litigieuses.

## **E. 5**

Le premier motif invoqué par l'intimée à l'appui de sa décision est l'absence de domicile en Suisse.

### **E. 5.1**

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, s'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 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), ainsi que – dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; ATF 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) – par les instructions édictées par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin LACI IC. Selon la jurisprudence, la notion de domicile au sens de la LACI ne correspond pas à celle du droit civil (art. 23ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210), mais bien plutôt à celle de la résidence habituelle (cf. circulaire du SECO) sur l'indemnité de chômage (IC), état janvier 2007, B 136 dont la teneur n'a pas changé dans les directives de 2013 ; voir aussi les textes allemands et italiens de l'art. 8 al. 1er let. c LACI : « in der Schweiz wohnt », « risiede in

A/4283/2022 - 8/14 - Svizzera » ; ATF non publié 8C\_270/2007 du 7 décembre 2007, consid. 2.1). Sont ainsi exigées, selon cette disposition légale, 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. 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 C 121/02 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 (Gustavo SCARTAZZINI, Marc HURZELER, Bundessozial-versicherungsrecht, 4ème éd., 2012, p. 599, n. 59 et les références citées). Cette exigence essentielle est l'expression de l'interdiction de l'exportation des indemnités de chômage, principe instauré pour prévenir les abus. Ce dernier terme doit être compris en ce sens que la vérification et les conditions du droit aux prestations, en particulier

l'existence d'une situation de chômage, est rendue plus difficile lorsque l'assuré réside à l'étranger (arrêt du Tribunal fédéral C 226/02 du 26 mai 2003, consid. 1.1 ; Thomas NUSSBAUMER in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, vol. XIV, 2ème éd., 2007, p. 2233, n. 180). Dans la mesure où la résidence suppose un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création en ce lieu de rapports assez étroits, l'occupation d'un studio une à deux fois par semaine – le reste du temps étant passé à l'étranger – ne suffit pas à établir une résidence effective en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral C 226/02 précité ; Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd., 2006, p. 173). De même un séjour tout à fait éphémère ou de pur hasard, ainsi qu'un pied-à-terre destiné uniquement à la recherche d'un emploi, ne sont pas assimilables à une résidence. Cela étant, un séjour prolongé et permanent n'est pas indispensable (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_270/2007 précité consid. 2.2 et 3.1). Si tel n'était pas le cas, certaines personnes se trouveraient dépourvues de résidence et, partant, privées de domicile (Boris RUBIN, *ibidem*). Ainsi, en cas de séjour tantôt dans un endroit, tantôt dans un autre, la résidence est là où les liens sont les plus forts (ATF 87 II 7 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral C 153/03 du 22 septembre 2003). Le fait d'avoir une adresse officielle en Suisse et d'y payer ses impôts n'est pas déterminant si d'autres indices permettent de conclure à l'existence d'une résidence habituelle à l'étranger (arrêt du Tribunal fédéral C 149/01 du 13 mars 2002 consid. 3).

A/4283/2022 - 9/14 - Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'assuré, qui loge une partie de la semaine à Genève dans un pied-à-terre de dimensions modestes ne lui permettant pas d'accueillir sa famille, afin de conserver une adresse en Suisse pour bénéficier de la qualité de résident sur territoire helvétique, mais réside la plupart du temps en France voisine avec ses trois enfants qui y sont régulièrement scolarisés, dont il a la garde et sur lesquels il exerce l'autorité parentale, a le centre de ses intérêts personnels en France dès lors qu'il y bénéficie de diverses prestations sociales (revenu minimum d'insertion, allocation de soutien familial, aide au logement ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_777/2010 du 20 juin 2011). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a précisé qu'à lui seul, l'existence d'un centre de relations personnelles n'est pas déterminant. Il faut bien plutôt accorder un poids décisif au fait que la famille réside dans une villa en France (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_245/2016 du 19 janvier 2017 consid. 4.1). Le domicile fiscal, le lieu où les papiers d'identité et autres documents officiels ont été déposés (déclaration d'arrivée), ainsi que d'éventuelles indications dans des documents officiels ou des décisions judiciaires ne sont que des indices permettant de déterminer le lieu du domicile (ATF 136 II 405 consid. 4.3, p. 410 ; arrêt du Tribunal fédéral du 13 mars 2002 [C 149/01]). Pour pouvoir localiser le centre des intérêts personnels, il convient notamment de chercher à savoir où se trouvent la famille, les amis, les activités professionnelles et sociales, le logement, le mobilier et les affaires personnelles. Une visite des lieux est parfois indispensable (art. 12 let. d de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021). Par ailleurs, le lieu où les enfants sont scolarisés joue un rôle. Le droit à des prestations sociales nécessite souvent d'être domicilié dans le pays qui les verse, de sorte que cet aspect doit également être pris en compte (DTA 2012 consid. 3.3, p. 74 ; Boris RUBIN, Commentaires sur la loi sur l'assurance-chômage, 2014, p. 78).

## **E. 5.2**

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus

vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références citées ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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. 5.3**

En l'espèce, l'intimée, sur la base, notamment, du rapport d'enquête du service de l'OCE du 27 mars 2019, considère que, durant la période litigieuse – du 21 octobre 2016 au 3 novembre 2017, le domicile et le centre des intérêts de l'assurée se situait en France. Pour cette seule raison déjà, c'est à juste titre qu'elle

A/4283/2022 - 10/14 - lui a nié le droit aux indemnités et réclamé le remboursement de celles qui lui ont été versées à tort.

### **E. 5.4**

La recourante le conteste. Elle allègue avoir conservé, durant toute sa carrière, son logement principal en Suisse. Son logement de Cruseilles ne constituerait, selon elle, qu'une résidence secondaire. Il ressort de l'extrait de l'OCPM que, s'agissant de la période litigieuse, la recourante était formellement domiciliée au 3\_\_\_\_\_. Cependant, comme exposé ci-avant, le fait d'avoir une adresse officielle en Suisse n'est pas déterminant si d'autres indices permettent de conclure à l'existence d'une résidence habituelle à l'étranger. En l'occurrence, l'intimée doute de la réalité du domicile en Suisse de la recourante et on ne saurait le lui reprocher au vu des circonstances. Il est en effet avéré que, lors de la visite domiciliaire fixée en mars 2019, l'assurée n'avait pas accès à l'appartement de deux pièces sis à la 3\_\_\_\_\_, que celui-ci était occupé par quelqu'un d'autre. Elle a d'ailleurs reconnu qu'elle logeait dans un appartement loué par ses soins à Cruseilles depuis 2017 au moins. Or, c'est là que vit M. H\_\_\_\_\_, son compagnon de longue date, dont elle utilise d'ailleurs le véhicule pour ses déplacements. Quant à l'allégation selon laquelle elle aurait également été hébergée, parfois, par un ami, à Chêne-Bourg, elle est invérifiable, l'assurée ayant refusé de donner plus de précisions à ce sujet. Même s'ils ne concernent pas directement la période litigieuse, on relèvera que la recourante est coutumière du fait de fournir à l'assurance-chômage une adresse qu'elle n'occupe pas. Elle a procédé de la même manière en 2015, lors du dépôt de la demande d'ARE. Elle a alors annoncé être domiciliée au 30, rue Voltaire, à Genève, adresse correspondant à celle de la société qui souhaitait l'engager, alors que, selon le registre de l'OCPM, elle était supposée loger à Meyrin, chez Mme F\_\_\_\_\_, et que d'autres éléments permettaient de douter de la réalité de son domicile en Suisse. Sur la base de l'ensemble des éléments qui précèdent, il convient de retenir que c'est à juste titre que l'intimée a nié à la recourante le droit à l'indemnité pour la période litigieuse. Le recours doit donc, pour ce motif déjà, être rejeté.

### **E. 6**

Le second motif invoqué – par surabondance – par l'intimée pour nier à l'assurée le droit aux prestations a trait aux rapports que l'intéressée semble avoir conservé avec son employeur, au-delà de sa radiation du RC.

#### **E. 6.1**

Selon l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité : a. les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable ; b. le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ;

A/4283/2022 - 11/14 - c. les 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 encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral a jugé que les exclusions de l'art. 31 al. 3 LACI s'appliquent par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b).

### **E. 6.2**

L'art. 31 al. 3 let. c LACI vise à éviter les abus sous forme d'établissement par l'assuré lui-même des attestations nécessaires pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, d'attestations de complaisance, d'influence sur la décision de réduire l'horaire de travail, alors qu'il est impossible de contrôler la perte de travail (ATF 122 V 270 consid. 3). Ainsi, 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 par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière prépondérante (ATF 123 V 234 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_719/2008 du 1er avril 2009 consid. 3.3). 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. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsque, dans un contexte économique difficile, ces personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur ; il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_108/2021 du

### **E. 6.3**

Dans l'hypothèse où le chômeur occupe lui-même une position décisionnelle dans l'entreprise, il faut distinguer deux situations : lorsqu'il occupe une telle position du fait qu'il est membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de l'entreprise, il n'y a pas même lieu d'examiner la situation au regard des circonstances concrètes du cas, car il est alors réputé ex lege disposer d'un pouvoir déterminant au sein de cette dernière au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, appliqué par analogie à l'indemnité de chômage (ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_171/2012 du

### **E. 6.4**

En l'espèce, s'il n'est pas contesté que la recourante n'a plus occupé formellement la position d'organe de la société depuis le 30 mai 2013, plusieurs éléments permettent de considérer qu'elle a néanmoins continué à exercer, de facto, une influence déterminante et

continué à occuper matériellement une position d'organe dirigeant, jouissant d'un pouvoir de décision effectif, compte tenu de la structure interne de l'entreprise.

A/4283/2022 - 13/14 - Il suffit, pour s'en persuader, de considérer le fait que la recourante a fondé la société en 2012, qu'elle en a toujours été la seule employée et animatrice, qu'elle a été « ré-engagée » par la société à l'issue de sa première période d'indemnisation par l'assurance-chômage, en juillet 2015, puis de la seconde période d'indemnisation, en novembre 2017 et que ses adresses officielles ont par deux fois coïncidé avec celle de la société. Les liens de la recourante avec la société ont ainsi perduré plusieurs années après sa radiation du RC. Certes, la recourante a été formellement remplacée dans ses fonctions par M. C\_\_\_\_\_ jusqu'au 7 novembre 2017, puis par M. D\_\_\_\_\_, puis à nouveau par M. C\_\_\_\_\_, à compter du 11 juillet 2019. Cela étant, comme le relève l'intimée, ces deux personnes sont inscrites dans de nombreuses sociétés en tant qu'administrateurs et agissent probablement à titre fiduciaire. Quant à l'ayant droit économique de la société, détenteur des actions, soit M. H\_\_\_\_\_, il n'est autre que le compagnon de la recourante. Bien que cette dernière se défende d'avoir le moindre pouvoir décisionnaire au sein de l'entreprise, force est de constater que celle-ci n'a jamais employé d'autre salarié. Qui plus est, c'est son numéro de téléphone portable personnel qui figure sur le site Internet, ce qui démontre clairement que c'est elle l'animatrice de l'entreprise. De cette situation, découle manifestement un risque – plus que potentiel en l'occurrence – d'abus et une difficulté de contrôler la perte de travail. Pour cette seconde raison, la décision de l'intimée de nier à la recourante le droit à l'indemnité apparaît bien fondée. 7. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours, manifestement infondé, est rejeté.

A/4283/2022 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

#### **E. 9**

juillet 2021 consid. 3 et 8C\_384/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3.1). Selon la même jurisprudence, la situation est en revanche différente quand le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle de l'employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à une indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_384/2020 précité consid. 3.1).

A/4283/2022 - 12/14 -

#### **E. 11**

avril 2013 consid. 6.2 ; 8C\_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.3 ; 8C\_515/2007 du 8 avril 2008). En revanche, lorsqu'il n'est pas formellement membre d'un organe supérieur de direction de l'entreprise, mais peut engager cette dernière, il s'impose de vérifier s'il a matériellement qualité d'organe dirigeant, compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise, le seul fait qu'il soit autorisé à représenter cette dernière par sa signature et inscrit au RC n'étant pas en soi suffisant pour l'exclure du droit à l'indemnité de chômage (ATF 120 V 521 consid. 3). Il n'y a plus de parallélisme de la perte de travail avec une réduction de l'horaire de travail – et partant plus d'application analogique possible de l'art. 31 al. 3 let. c LACI à l'indemnité de chômage – lorsque la personne qui occupe une position assimilable à celle d'un

employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de cette dernière ou rompt définitivement tout lien avec l'entreprise qui continue d'exister (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1). Il est également admis que les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et leur conjoint ont droit à l'indemnité de chômage s'ils se retrouvent au chômage après avoir été salariés d'une entreprise tierce (dans laquelle ils n'ont pas eu le statut de dirigeant), à la condition toutefois qu'ils l'aient été durant au moins six mois (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 171/03 du 31 mars 2004 consid. 2.3.2). Lorsqu'une telle durée d'emploi comme salarié sans position dirigeante dans une entreprise tierce a été atteinte, il faut admettre que le rapport de travail ouvrant le droit au chômage n'a pas constitué un masque à une réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 35 ad art. 10).

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