

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/134/2007

ATAS/283/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 12 mars 2007

En la cause

Monsieur R_____, domicilié , Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître HORNUNG Mike

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, rue des Glacis-de-Rive 6,
Genève

intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur R_____ (ci-après : l'assuré) directeur depuis le 1^{er} juillet 1998 de X_____ SA à Genève a été licencié pour le 31 mai 2005. Il a requis des prestations de l'assurance-chômage le 1^{er} février 2005.
2. Un délai-cadre a été ouvert en sa faveur du 1^{er} février 2005 au 31 janvier 2007 et l'assuré a été indemnisé du 1^{er} février au 30 avril 2005.
3. La caisse a ouvert une procédure de contrôle, ayant des doutes sur le domicile en Suisse de l'assuré.
4. Le 2 juin 2005, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a requis de l'assuré des informations concernant son domicile, lequel a répondu le 29 juin 2005 en contestant le fait qu'il ne serait pas domicilié à Genève.
5. Par décision du 6 septembre 2005, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a refusé de donner suite à la demande d'indemnité de l'assuré. Celui-ci, de nationalité française, prétendait vivre à Genève chez ses beaux-parents depuis 1998, alors que son épouse et ses quatre enfants étaient domiciliés en France à Etrembières. Il n'avait pas précisément répondu aux demandes de l'OCE concernant son domicile. Il apparaissait hautement vraisemblable qu'il ne résidait pas à Genève. En conséquence, il n'avait pas droit à l'indemnité de chômage et les indemnités versées feraient l'objet d'une décision séparée de restitution.
6. Le 11 octobre 2005, l'assuré a fait opposition à cette décision en exposant pour quelles raisons il est en réalité bien domicilié à Genève. Il a conclu à l'annulation de la décision et à l'octroi d'indemnité du 1^{er} février au 30 avril 2005.
7. Par décision du 13 janvier 2006, la caisse a réclamé à l'assuré la restitution d'un montant de 16'982 fr. 25 représentant l'indemnité de chômage du 1^{er} février au 30 avril 2005.
8. Le 14 février 2006, l'assuré a fait opposition à cette décision en concluant à son annulation. Il a fait valoir, d'une part, qu'il était effectivement domicilié à Genève et, d'autre part, que les conditions de la remise étaient réalisées.
9. Par courrier du 21 février 2006, la caisse a écrit à l'assuré qu'à la lecture de son opposition, elle constatait qu'il demandait la remise de l'obligation de restituer les prestations et que, sauf avis contraire de sa part dans les dix jours, elle considérerait son courrier comme une demande de remise, laquelle serait suspendue "jusqu'à droit connu quant au droit nié".
10. Le 13 mars 2006, la caisse a annulé sa décision du 6 septembre 2005 au motif qu'il s'agissait d'une décision constatatoire. Selon le Tribunal fédéral des assurances

(TFA) de telles décisions n'étaient pas commandées par un intérêt digne de protection dès lors qu'une décision en restitution pouvait être rendue.

11. Sans nouvelles de la part de l'assuré dans le délai de dix jours fixé par courrier du 21 février 2006, la caisse a transmis le 14 mars 2006 l'opposition du 14 février 2006 à la section assurance chômage (SACH) de l'OCE pour être traitée comme une demande de remise.
12. Par décision du 16 juin 2006, la SACH a décidé de ne pas accorder la remise de 16'982 fr. 25 à l'assuré. Elle relève que la décision du 13 janvier 2006 n'ayant fait l'objet d'aucune opposition, elle était entrée en force. S'agissant de la remise, la condition de la bonne foi n'était pas donnée dès lors que l'assuré avait induit la caisse en erreur en omettant de déclarer qu'il résidait en France.
13. Dès le 1^{er} août 2006, l'assuré a été à nouveau sans emploi.
14. Le 18 août 2006, l'assuré a fait opposition à la décision du 16 juin 2006 en relevant qu'il était de bonne foi en déclarant à la caisse qu'il était domicilié à Genève et que la restitution le mettrait dans une situation financière difficile.
15. Par décision du 30 novembre 2006, le service juridique de l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré du 18 août 2006. Il constatait que l'assuré ne s'était pas opposé à ce que son opposition du 14 février 2006 soit considérée uniquement comme une demande de remise, ce qui avait comme conséquence que la décision de restitution du 13 janvier 2006 était devenue définitive et exécutoire et, partant, que la question du domicile en France était avérée et la bonne foi de l'assuré en conséquence exclue.
16. Le 15 janvier 2007, l'assuré a recouru à l'encontre de cette dernière décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en concluant à son annulation, à la reconnaissance du droit à l'indemnité de chômage et à la libération de la restitution des prestations. L'OCE s'était bien gardé d'indiquer dans son courrier du 21 février 2006 que la transmission de la demande de remise à l'autorité compétente aurait pour conséquence de faire tomber son opposition. Cette décision importante aurait dû être rendue en bonne et due forme et non par simple lettre, ce qui avait eu pour but de l'évincer de toutes ses prétentions. Cette décision du 21 février 2006 était nulle. L'OCE ne s'était pas comporté de façon conforme à la bonne foi. Son opposition du 14 février 2006 était toujours valable et l'autorité se devait d'examiner la réalité de son domicile en Suisse ainsi que les conditions de la remise.
17. Le 19 février 2007, l'OCE a conclu au rejet du recours en relevant que la question de l'examen du droit à l'indemnité et celle de la demande de remboursement ressortaient de la compétence de la caisse de sorte que l'OCE ne pouvait procéder à l'examen de ces questions.

18. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
4. L'objet du litige consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'OCE a rejeté la demande de remise de l'assuré.
5. a) Aux termes de l'art. 49 al. 1 à 3 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord (al. 1). Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation (al. 2). Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (al. 3).

Selon l'art. 52 al. 1 et 2 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure (al. 1). Les décisions sur opposition doivent être rendues dans un délai approprié. Elles sont motivées et indiquent les voies de recours (al. 2).

L'art. 56 LPGA prévoit que les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (al. 1). Le recours

peut aussi être formé lorsque l'assureur, malgré la demande de l'intéressé, ne rend pas de décision ou de décision sur opposition (al. 2).

b) Aux termes de l'art. 95 al. 1 et 3 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA à l'exception des cas relevant de l'art. 55 (al. 1). Le cas échéant, la caisse soumet sa demande de remise à l'autorité cantonale pour décision (al. 3).

Selon l'art. 25 al. 1 LPGA 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.

L'art. 3 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA) prévoit que l'étendue de l'obligation de restituer est fixée par une décision (al. 1). L'assureur indique la possibilité d'une remise dans la décision en restitution (al. 2). L'assureur décide dans sa décision de renoncer à la restitution lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies (al. 3).

Selon l'art. 4 OPGA, la restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile (al. 1). Est déterminant, pour apprécier s'il y a une situation difficile, le moment où la décision de restitution est exécutoire (al. 2). La demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (al. 4). La remise fait l'objet d'une décision (al. 5).

6. Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.). Il en découle le devoir pour l'autorité d'indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 123 I 31 consid 2c p. 34; 112 Ia 107 consid. 2b p. 109). Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa p. 17; 125 II 369 consid. 2c p. 372; 124 II 146 consid. 2a p. 149, et les arrêts cités).
7. En l'espèce, l'intimé a considéré que la décision de restitution du 13 janvier 2006 était entrée en force, faute d'avoir fait l'objet d'une opposition.

Cependant, il est à constater que le recourant a bien déposé le 14 février 2006 une opposition à l'encontre de cette décision en faisant notamment valoir qu'il était bien domicilié en Suisse et non en France, ce qui devait conduire à la reconnaissance de son droit à l'indemnité de chômage. Or, la caisse n'a pas statué sur cette opposition mais l'a uniquement transmise au SACH afin qu'elle soit traitée comme une demande de remise. Conformément à la jurisprudence précitée, la caisse se devait,

au regard du droit d'être entendu du recourant et de l'interdiction de déni de justice, de statuer sur l'argument principal soulevé, ce quelle a omis de faire en ne rendant aucune décision. A cet égard, elle ne pouvait pour les mêmes raisons par simple lettre indiquer au recourant qu'il ne serait pas entré en matière sur son opposition faute de manifestation de sa part dans un délai de dix jours.

En conséquence, l'intimé ne pouvait considérer que la décision du 13 janvier 2006 était devenue exécutoire et entrer en matière sur la demande de remise.

Il convient en conséquence d'annuler la décision sur opposition du 30 novembre 2006, l'examen de la demande de remise étant prématuré, en l'absence d'une décision exécutoire statuant sur l'opposition du recourant à la décision de restitution du 13 janvier 2006 (art. 3 OPGA). Il incombera à la caisse de rendre la décision précitée dans un délai raisonnable, faute de quoi le recourant pourrait se plaindre d'un déni de justice (art. 56 al. 2 LPGa).

En revanche, la conclusion du recourant visant à lui reconnaître un droit à l'indemnité de chômage sort du cadre du présent litige, lequel ne porte que sur le refus de la demande de remise.

8. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision attaquée annulée et une indemnité de 800 fr. allouée, au recourant, à charge de l'intimé.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'OCE du 30 novembre 2006.
4. Condamne l'OCE à verser une indemnité de 800 fr. au recourant.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Nancy BISIN

La Présidente

Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le