

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2308/2009

ATAS/1282/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 20 octobre 2009

En la cause

Madame , domiciliée à Genève

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, CAISSE CANTONALE
GENEVOISE DE CHOMAGE, sis rue de Montbrillant 40,
1201 Genève

intimé

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ s'est inscrite auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la Caisse) le 1^{er} mars 2006 et un premier délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur jusqu'au 29 février 2008, un second l'a été lorsqu'elle a perdu son emploi d'esthéticienne, jusqu'au 28 février 2010.
2. L'assurée a été mise au bénéfice des indemnités de l'assurance chômage jusqu'au 31 décembre 2008.
3. Elle a informé la caisse qu'elle aurait un nouveau domicile à Genève à compter du 1^{er} janvier 2008.
4. Un rapport d'enquêtes a été établi le 18 mars 2009 à la requête de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI. Il en résulte que l'assurée vit avec son époux et leur fils, né en 2007, en France dans un appartement qu'ils ont acheté en décembre 2007.
5. Par décision du 26 mars 2009, confirmée sur opposition le 3 juin 2009, la Caisse, constatant que Madame A_____ n'avait plus de domicile en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2008, lui a réclamé le remboursement de la somme de 18'145 fr. 35, représentant les indemnités versées à tort du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008.
6. Par courrier du 2 juillet 2009 adressé au Tribunal de céans, l'intéressée a expliqué que :

"Je reconnais avoir fait défaut à l'une des conditions dont dépend le droit à l'indemnité de chômage en Suisse, celle du domicile. Toutefois, étant donné que je ne pouvais pas toucher l'assurance chômage en France, du fait que notre résidence principale était déclarée en Suisse, et ne pouvant pas en changer (retard d'impôts), il m'a semblé de toute bonne foi que mon inscription auprès de la caisse de chômage de Genève était la seule solution, sans cela, nous n'aurions pas eu suffisamment d'argent pour vivre. (...) Quand nous avons signé la promesse d'achat de notre bien immobilier en France, je n'étais pas encore sans emploi et notre but était de déclarer cette résidence comme principale, quelques mois après notre déménagement, soit début 2008. C'est alors que mon licenciement est intervenu le 20 août 2007 et qu'à partir de cette date, touchant moins d'argent, nos dettes se sont accumulées. De cette situation en a découlé l'impossibilité financière de quitter la Suisse et de renoncer à l'assurance chômage. (...) Je suis certaine que vous comprendrez que si j'avais pu faire autrement et renoncer à l'assurance chômage, je l'aurais fait."
7. Dans sa réponse du 28 juillet 2009, la Caisse a relevé qu'en réalité, l'intéressée sollicitait la remise de la somme dont le remboursement lui est demandé. Elle

conclut dès lors principalement à l'irrecevabilité de la demande, et subsidiairement au rejet du recours si par impossible le Tribunal devait considérer son écriture comme tel.

8. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 6 octobre 2009.

L'assurée a confirmé qu'elle avait acheté un appartement en France voisine en décembre 2007, et y avait emménagé comme prévu en janvier 2008. Elle a admis que ni elle, ni son époux, n'occupaient la chambre située à Genève dans les locaux de sa fiduciaire.

Elle a ajouté, sur demande, que "mon mari travaille en Suisse. J'ai toujours été domiciliée en Suisse. Je suis de nationalité suisse. Ma famille vit en Suisse. Celle de mon mari en France voisine et à Dijon ainsi qu'en Inde. Toutes mes activités ont lieu à Genève (fitness et shopping notamment). J'y viens tous les jours."

9. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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).

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

2. Il y a préalablement lieu de définir l'objet du litige. En effet, la Caisse a conclu à l'irrecevabilité de la demande, considérant que l'assurée ne contestait en réalité pas le bien-fondé de la décision du 3 juin 2009, puisqu'elle reconnaissait expressément n'être plus domiciliée en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2008.

Il est vrai que lors de sa comparution personnelle plus particulièrement, l'assurée a clairement déclaré qu'elle vivait en France voisine avec son époux et leur jeune fils et n'avait jamais habité à Genève, cette adresse ne représentant qu'une adresse postale.

Toutefois, reste litigieuse la question de savoir si l'assurée a droit ou non aux indemnités de l'assurance chômage en Suisse, ce quand bien même elle est domiciliée en France.

-
3. Selon l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage: s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10); s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11); s'il est domicilié en Suisse (art. 12); 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; s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14); s'il est apte au placement (art. 15) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Par ailleurs, depuis le 1^{er} juin 2002, l'Accord sur la libre circulation des personnes est applicable en Suisse. L'art. 8 let. b ALCP prévoit que les Parties contractantes règlent, conformément à l'annexe II, la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le but d'assurer la détermination de la législation applicable. Dans l'annexe II, il est fait référence au Règlement n° 1408/71. Ce règlement s'applique donc entre les Parties contractantes. Les personnes auxquelles le Règlement n° 1408/71 est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre (art. 13 §1 Règlement n° 1408/71). Selon l'art. 13 § 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.

En matière de chômage, l'art. 71 § 1 let. a point ii du Règlement n° 1408/71, déroge à ce principe pour les travailleurs frontaliers. En effet, selon cet article, le travailleur frontalier qui est en 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. Aux termes de l'art. 1 let. b 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.

En revanche, l'art. 71 § 1 let. b du Règlement n° 1408/71 ouvre un choix au travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier, qui se trouve en chômage complet. Il peut se placer sous le régime des prestations de chômage de l'Etat de son dernier emploi et sous celui de son Etat de résidence. Ce choix s'exerce "par la mise de l'intéressé à la disposition des services de l'emploi de l'Etat auquel est demandé le service des prestations" (arrêt CJCE du 27 mai 1982, Aubin, Affaire 227/81). Selon la jurisprudence de la CJCE, un travailleur en chômage complet qui, tout en répondant aux critères posés par l'art. 1^{er}, sous b) du Règlement n° 1408/71, a conservé dans l'Etat-membre du dernier emploi des liens personnels et professionnels tels qu'il dispose de meilleures chances de réinsertion professionnelle, doit être regardé comme un "travailleur autre que frontalier", relevant du champ d'application de l'art. 71 § 1 let. b *du Règlement n° 1408/71*. Il

appartient à la seule juridiction nationale de déterminer si un travailleur se trouve dans une telle situation (arrêt CJCE du 12 juin 1986, Miethé, Affaire 1/85). Dans cet arrêt, le travailleur était un ressortissant allemand qui avait toujours vécu et travaillé en Allemagne. Son épouse et lui avaient établi leur domicile en Belgique pour se rapprocher de leurs enfants qui se trouvaient dans un pensionnat belge. Le travailleur avait conservé un bureau en Allemagne, où il avait une possibilité d'hébergement. Ils avaient tous les deux fait une déclaration de résidence en Allemagne afin de pouvoir conserver la carte d'identité professionnelle de voyageur de commerce, tout en restant inscrit au registre de la population en Belgique. Lorsqu'il perdit son emploi, il demanda des prestations de chômage en Allemagne. On lui refusa sa demande car il était un frontalier et il devait donc demander l'indemnité de chômage en Belgique. La CJCE a admis dans ce cas particulier qu'il y avait des liens personnels et professionnels étroits avec l'Etat du dernier emploi.

Enfin, selon la circulaire du SECO (Circulaire 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, décembre 2004, B 55-57), l'art. 71 § 1 let. b point ii du Règlement n° 1408/71 devait être appliqué de manière restrictive, et les deux conditions citées dans l'arrêt MIETHE étaient cumulatives. Des exemples d'indices sont mentionnés dans cette circulaire. Tout d'abord, pour conclure à ce que le travailleur ait des relations personnelles étroites dans l'Etat d'emploi, il faut, par exemple, avoir un second domicile, participer à la vie sociale (membre d'une association, d'un club sportif). S'agissant des relations professionnelles étroites dans l'Etat d'emploi, il faut que la dernière profession apprise ne puisse être exercée principalement que dans l'Etat de dernier emploi (diplôme national), avoir 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, qu'il travaille depuis plusieurs années déjà dans ce pays.

4. En l'espèce, l'assurée est titulaire d'un diplôme d'esthéticienne et a travaillé en tant que telle à Genève jusqu'à août 2007, date à laquelle elle a été licenciée par son employeur pour des raisons économiques.

L'assurée a déclaré lors de sa comparution le 6 octobre 2009 avoir retrouvé un emploi en qualité de serveuse auprès d'un restaurant X_____. Il appert de ses déclarations qu'elle a gardé des relations personnelles étroites avec la Suisse. Elle a à l'évidence la volonté marquée de ne pas couper les liens avec la Suisse. On ne saurait cependant affirmer qu'elle avait plus de chances de se réinsérer professionnellement en Suisse qu'en France, les métiers d'esthéticienne ou de serveuse pouvant être exercés indifféremment dans les deux pays. Elle a par ailleurs admis que l'adresse sise à Genève ne constituait qu'une boîte aux lettres. Aussi la jurisprudence susmentionnée ne saurait-elle s'appliquer à son cas.

5. Le recours doit en conséquence être rejeté.

6. Aux termes de 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 » ;

Dans son recours, l'assurée fait essentiellement valoir qu'elle est dans l'impossibilité de restituer la somme réclamée et qu'elle a été de bonne foi en recevant les prestations indûment touchées. Il y a ainsi lieu de considérer qu'elle sollicitait d'emblée la remise de l'obligation de rembourser la somme de 18'145 fr. 35.

Il se justifie en conséquence de renvoyer la cause à la Caisse afin que celle-ci examine cette demande et rende à cet égard une décision.

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Renvoie la cause à la Caisse pour examen de la demande de remise.
4. Dit que la procédure est gratuite.
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 ; RS 173.110); 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

La Présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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