REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2545/2007 **ATAS/1315/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 27 novembre 2007

En la cause

Monsieur G_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître PETITAT Pierre-Bernard	recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, domicilié chemin Surinam 5;Case postale 141, 1211 Genève 13	intimée

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Anne REISER et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur G_____ (ci-après le recourant), est né en 1962 dans le canton de Genève. En 1989, il s'est installé en France voisine avec son épouse, puis a eu deux enfants en 1990 et 1992. Dès le mois de janvier 1995, le recourant s'est établi à nouveau en Suisse, pour des raisons fiscales. Il a toujours travaillé en Suisse. En 2002, il s'est séparé de fait de son épouse.

2. Dès le mois d'octobre 2005, à la suite de la perte de son emploi, le recourant a perçu les indemnités de chômage de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA (ci-après la caisse). Il a eu durant cette période des gains intermédiaires, et a été finalement engagé par une entreprise depuis le mois de février 2007 pour une durée indéterminée.

3. En janvier 2007, le recourant a été interrogé par le service des enquêtes de l'office cantonal de l'emploi. En réponse aux questions qui lui étaient posées, le recourant a déclaré son départ pour la France en 1989, et son retour à Genève pour des raisons fiscales, au domicile de sa mère. Il a déclaré que son épouse et ses enfants vivaient toujours dans leur maison de France voisine.

4. À la suite de cette enquête, la caisse a rendu le 18 janvier 2007 une décision négatoire de droit, niant le droit l'indemnité journalière du recourant pour la période précitée, en raison de l'absence d'un domicile en Suisse. Par ailleurs, par décision du 15 février 2007, la caisse a réclamé la restitution des indemnités journalières versées jusqu'alors.

5. Suite aux oppositions du recourant, la caisse a confirmé, par décision sur opposition du 30 mai 2007, l'absence de droit aux indemnités journalières, la demande de restitution étant suspendue.

6. Dans son recours du 28 juin 2007, le recourant conclut à l'annulation des décisions litigieuses et à ce que le solde d'indemnité dû au 1er février 2007 lui soit versé, avec intérêts, et suite de dépens. Il affirme être domicilié dans le canton de Genève depuis 1995, précisant qu'il ne s'agit depuis sa séparation en 2002 aucunement d'un domicile fictif mais bien de son domicile officiel et réel, et que c'est à Genève qu'il a le centre de ses intérêts.

7. Dans sa réponse du 11 juillet 2007, la caisse conclut au rejet du recours.

8. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 4 septembre 2007. À cette occasion, les parties ont déclaré ce qui suit:

"M. H_____ : A mon sens, le fait que la caisse ait rendu deux décisions distinctes, l'une négatoire de droit en janvier, l'autre en restitution en février 2007, ne pose pas de problème, telle est d'ailleurs la pratique constante des caisses.

M. G_____ : J'explique que notre famille s'est en effet installée à Collonges-sous-Salève en 1989. En 1995, je me suis annoncé de retour à Genève mais uniquement pour des raisons fiscales. En 2002, j'ai eu des difficultés conjugales qui nous ont conduits à nous séparer de fait. J'ai alors quitté la maison de Collonges-sous-Salève et je suis allé vivre chez mon grand-père, M. F_____, qui avait une maison route du_____. A sa mort, sa maison a été vendue, courant 2006, et je me suis alors installé chez ma mère dans une maison également route du _____ dans l'attente de trouver un logement. Cela est difficile vu la crise du logement et mes faibles revenus. J'explique que lors de l'enquête, on ne m'a pas expliqué les raisons de celle-ci. On m'a dit qu'il y avait un problème d'adresse et que l'on voulait savoir où j'habitais réellement. Je me suis contenté de répondre aux questions. On ne m'a pas demandé ce qu'il en était de ma vie privée, je n'ai pas eu l'occasion de dire que j'étais séparé depuis 2002. En outre, l'adresse du magasin de ma femme était indiquée à _____ alors qu'elle est à_____, à la route de _____, j'ai appelé l'enquêteur pour rectifier, mais il m'a dit que cela n'avait pas d'importance.

M. H_____ : Je signale tout de même que l'enquêteur l'a informé qu'il était entendu au sujet de son chômage. J'observe également que le recourant n'avait pas fait son changement d'adresse entre le 26 et le 24 route du _____, lorsqu'il a quitté la villa du grand-père pour celle de sa mère. Enfin, le numéro de téléphone français est toujours à son nom.

M. G_____ : J'explique que je n'ai effectivement pas fait mon changement d'adresse entre le 26 et 24 route du _____, car j'avais informé les impôts, cela me paraissait suffisant. D'autre part, je suis assez en bon terme avec mon épouse, je n'ai pas vu de raisons de faire changer le nom de l'abonnement de téléphone et je possède moi-même un téléphone portable".

9. À l'issue de l'audience, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes aux fins d'entendre l'épouse du recourant ainsi que sa mère.

10. En date du 2 octobre 2007, Madame G_____ a déclaré ce qui suit : "Nous nous sommes installés à _____en 1988, et nous nous sommes mariés en 1989. Nous sommes séparés de fait depuis le courant de l'année 2002. C'est mon mari qui a quitté le domicile familial. Il s'est installé tout d'abord dans la maison de ses grands-parents, route du _____, puis chez sa maman également route du _____, à ma connaissance il y est toujours. A notre séparation,

nous nous sommes arrangés entre nous, en mettant la priorité sur l'intérêt des enfants. Sur question j'indique que nous payons tous les deux nos impôts en Suisse. Je n'ai pas de déclaration fiscale à faire en France, lorsque j'ai pris un emploi nous avons posé la question à l'AVS qui nous avait dit que nous pouvons continuer à faire une déclaration commune. Nous sommes propriétaires de notre maison, pour cela mon mari a pris une hypothèque sur la maison de sa maman. Je paie effectivement la taxe d'habitation, j'ignorais qu'elle dépend du nombre d'habitants, je ne crois pas avoir fait de changement, j'ignore si mon mari l'a fait".

11. Lors d'une nouvelle audience d'enquête qui s'est tenue le 16 octobre 2007, Mme G_____ a déclaré ce qui suit : "Je suis la maman du recourant. Sur question, j'indique que mon fils est séparé de fait de son épouse, me semble t-il, depuis 2002, il a alors emménagé chez mes parents, propriétaires d'une grande maison au 24-26, rte du _____. J'habite moi-même au 24, c.-à-d. dans la deuxième maison située sur ce terrain mais qui est beaucoup plus petite, qui correspond à la maison des jardiniers. Je vis dans cette maison depuis fort longtemps, mes parents avaient procédé au partage de leurs biens et j'en avais alors hérité. Mes parents sont décédés, tout d'abord mon père puis ma mère courant 2004-2005 et nous avons mis la maison en vente. La vente a eu lieu l'année dernière, et mon fils est alors venu vivre chez moi. Il a sa chambre puisque ma maison dispose de six pièces. Je suppose que mon fils fait des recherches de logement mais pour ma part le fait qu'il vit chez moi ne pose aucun problème. J'explique qu'il y a en tout cas une dizaine d'années, j'ai effectivement mis ma maison qui était entièrement payée, en garantie de l'achat par mes quatre enfants de leurs biens immobiliers propres. Je ne paie personnellement aucun remboursement, mes enfants se chargent de leur dette respective. Je dispose effectivement d'un téléphone fixe à mon nom, mon fils quant à lui dispose d'un portable. Il n'a donc pas besoin de mon téléphone sauf urgence. Je vois de temps en temps mes petits enfants, qui viennent en visite. Ils ne logent pas chez moi, il est possible qu'ils aient dormi chez leurs grands-parents à l'époque, je l'ignore. Mes petits enfants vivent dans la maison familiale avec ma belle fille avec laquelle je suis en très bons termes".

12. À l'issue de l'audience, un délai a été accordé aux parties pour écriture après enquête. Le recourant a persisté dans ses conclusions par courrier du 1er novembre 2007. Par ailleurs, par écriture du 5 novembre 2007, la caisse a déclaré s'en rapporter à justice sur la question du domicile du recourant. La caisse relevait toutefois qu'en bénéficiant des indemnités journalières le recourant avaient également bénéficié d'un supplément relatif aux allocations familiales, supplément qui n'était pas dû puisque les enfants ont leur domicile effectif en France voisine.

13. Après communication de ces écritures aux parties, la cause a été gardée à juger le 6 novembre 2007.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982.

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

2. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.

3. Interjeté en les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (article 56 à 60 LPGA).

4. La question litigieuse est de savoir où se situe le domicile du recourant pour la période pendant laquelle il a bénéficié d'indemnités journalières, à savoir entre le mois d'octobre 2005 et le mois de décembre 2006.

5. Se pose préalablement la question de savoir si la caisse était fondée à rendre deux décisions distinctes, l'une niant le droit à l'indemnité journalière, l'autre réclamant la restitution des indemnités versées.

   En effet, aux termes de l'art. 85 al. 1 let. e LACI, les autorités cantonales statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, concernant le droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). Le cas échéant, elles sont appelées à se prononcer sur l'aptitude au placement de l'assuré, qui est l'une des conditions du droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. f LACI). A cet effet, elles statuent sous la forme d'une décision de constatation. Lorsqu'une telle décision est en force, la caisse de chômage est liée par les constatations de l'autorité cantonale (ou du juge en cas de recours) au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage. Mais cette règle n'est valable que dans la mesure où la caisse doit examiner si et, le cas échéant, pour quelle période l'une des conditions matérielles du droit à prestation est réalisée dans un cas concret. Trois situations peuvent dès lors se présenter. Premièrement, si les conditions du droit sont réalisées, la caisse doit allouer ses prestations, le cas échéant rétroactivement, et elle ne peut pas réclamer des prestations déjà allouées. Dans l'éventualité, deuxièmement, où la réalisation de l'une des conditions du droit est niée, la caisse, qui n'a pas encore alloué de prestations, ne peut en octroyer pour la période en cause. Troisièmement, il se peut que l'autorité cantonale, appelée à statuer sur un

cas soumis à examen par la caisse, constate que les conditions du droit à des indemnités de chômage - déjà allouées par la caisse dans un cas concret - n'étaient pas réalisées. Dans ce cas, les prestations en cause apparaissent comme indûment perçues et la caisse est tenue, en vertu de l'art. 95 al. 1 LACI, en liaison avec l'art. 25 LPGA, d'en exiger la restitution, pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 46 consid. 2b, 400 consid. 2b/aa, 122 V 368 consid. 3 et les arrêts cités; ATFA non publié du 29 juin 2005, C 20/05, consid. 2.1). Mais ce dernier point n'a pas à être examiné ni tranché par l'autorité cantonale appelée à se prononcer sur un cas soumis à examen, puisque sa tâche consiste exclusivement à trancher le point de savoir - le cas échéant rétroactivement - si les conditions du droit à prestation sont réalisées. Si l'autorité cantonale constate que tel n'est pas le cas, il appartient encore à la caisse d'examiner la question de la restitution sous l'angle de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATFA non publié du 14 février 2006, C 117/05, consid. 2.1).

D'après la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens de l'art. 49 al. 2 LPGA (voir aussi l'art. 25 al. 2 en corrélation avec l'art. 5 al. 1 let. b PA), que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 129 V 290 consid. 2.1 et les références). L'exigence d'un intérêt digne de protection vaut également lorsque l'autorité rend une décision de constatation non pas sur requête d'un administré mais d'office (ATFA non publié du 12 octobre 2005, C 183/04; art. 25 al. 1 PA; ATF 130 V 391 s. consid. 2.4; RAMA 1990 no 106 p. 275). En dehors de ces cas où les conditions d'une décision en constatation sont données selon les art. 49 al. 2 LPGA et 5 al. 1 let. b PA, la loi peut, en dérogation à cette disposition, prévoir spécialement qu'une autorité administrative est compétente pour rendre une décision constatatoire portant sur certains aspects d'un rapport de droit. C'est particulièrement le cas dans la LACI où les compétences pour statuer sur le droit aux prestations sont réparties entre plusieurs autorités (cf. art. 81 et 85 LACI; Meyer-Blaser, Der Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, p. 30, in : Schaffhauser/Schlauri, Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St-Gall 2001). Ainsi, dans cette situation, la procédure en cas de doute doit être admise aussi bien lorsque l'assuré n'a pas encore touché de prestations que lorsqu'il les perçoit encore, voire a fini de les percevoir (ATFA non publié du 14 février 2006, C 117/05, consid. 2.2).

Il résulte de cette jurisprudence que deux décisions distinctes peuvent être notifiées lorsque la caisse de chômage doit statuer sur le montant à restituer tandis que l'office cantonal de l'emploi statue sur le droit à l'indemnité journalière. Tel n'est

pas le cas en l'espèce puisque la caisse a tranché elle-même les deux questions, et pouvait -devait - rendre une seule décision.

Il n'est cependant pas nécessaire de se prononcer plus avant sur la validité de la décision litigieuse, au vu de l'issue du recours.

6. S'agissant du droit aux prestations, l'art. 8 al. 1 LACI énumère aux lettres a à g sept conditions du droit à l'indemnité de chômage. Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2), et comprennent en particulier l'obligation du domicile en Suisse.

Lorsque le droit des assurances sociales fait référence à des notions du droit civil, celles-ci doivent en principe être comprises en fonction de ce droit (cf. ATF 121 V 127 consid. 2c/aa et les arrêts cités) : sauf disposition contraire, on présume que, lorsqu'il fixe des règles relatives, par exemple, aux effets du mariage, de la filiation ou aux droits réels, le législateur, en matière d'assurances sociales, a en vue des institutions organisées par les divers domaines du droit civil à considérer (ATFA non publié du 25 avril 2002, P 41/9 consid. 2); SPIRA, Les effets de la filiation en droit suisse des assurances sociales, in : Problèmes de droit de la famille, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, 1987, p. 163; voir aussi RIEMER, Berührungspunkte zwischen Sozialversicherungs- und Privatrecht, insbesondere die Bedeutung des Privatrechtes bei der Auslegung des Sozialversicherungsrechtes durch das EVG, in: Mélanges pour le 75ème anniversaire du TFA, Berne 1992, p. 147 ss).

Tel est le cas de la question du domicile. Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1 CC). La jurisprudence actuelle (ATF 127 V 238 consid. 1, 125 V 77 consid. 2a, 120 III 8 consid. 2a) ne se fonde toutefois pas sur la volonté intime de l'intéressé, mais sur l'intention manifestée objectivement et reconnaissable pour les tiers. L'intention de s'établir peut se concrétiser sans égard au statut de la personne du point de vue de la police des étrangers, des autorités fiscales ou des assurances sociales (ATF 120 III 8 consid. 2b et les références). Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau (art. 24 al. 1 CC). Pour savoir quel est le domicile d'une personne, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays (ATF 125 III 102 consid. 3 et les auteurs cités).

7. Par ailleurs, en ce qui concerne la preuve, 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, 125 V 195 consid. 2 et les références; 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).

8. En l'espèce, il ressort de l'instruction du dossier et des pièces y figurant que le recourant, né à Genève, il est resté et y a travaillé jusqu'en 1989, où il s'est installé avec son épouse en France voisine. En 1995 il a déplacé à nouveau son domicile à Genève, pour des raisons fiscales, alors qu'il continuait d'habiter en France voisine avec sa famille. En 2002, le recourant s'est séparé de son épouse, et a pris un domicile séparé. Ne trouvant pas de logement il a été logé dans un premier temps dans la maison de son grand-père, puis, à la mort de celui-ci et en raison de la vente de la maison, chez sa mère, à la même adresse mais dans une autre maison qu'elle-même occupe depuis longtemps. Ces faits sont établis avec un degré de vraisemblance prépondérante, en particulier par les enquêtes diligentées par le Tribunal. Aucun élément ne vient contredire ces faits, ni mettre en doute les propos du recourant ou des membres de sa famille. Si l'on peut comprendre que la caisse a eu un doute au moment de son enquête, on peut regretter toutefois qu'elle n'ait pas mené celle-ci avec la transparence requise, et s'étonner de la voir persister dans sa version des faits malgré les conclusions de l'instruction.

   En l'occurrence, le Tribunal est parfaitement convaincu de la véracité de la thèse du recourant, et considère qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. C'est donc à tort que la caisse a nié le droit du recourant aux indemnités journalières depuis le mois d'octobre 2005. C'est donc également à tort qu'elle ne lui a pas versé les indemnités dues pour le mois de janvier 2006. En revanche, ces indemnités ne porteront pas intérêt, vu les termes de l'art. 26 al. 2 LPGA.

9. La caisse requiert, que dans l'hypothèse de l'admission du recours, le montant des indemnités journalières versées soit revu et corrigé en raison d'un supplément pour allocations familiales versées au recourant -à tort selon la caisse. Toutefois, cette question ne fait pas partie de l'objet du litige.

   En effet, dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées).

10. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, fixée en l'espèce à 2'000 fr.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, et annule la décision du 18 janvier 2007 et la décision sur opposition du 30 mai 2007.

3. Invite la caisse à annuler la décision de restitution rendue le 15 février 2007.

4. Invite la caisse à verser au recourant les indemnités journalières dues pour le mois de janvier 2006.

5. Condamne la caisse au versement d'une indemnité en faveur du recourant de 2'000 fr.

6. 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	La présidente
Yaël BENZ	Isabelle DUBOIS

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