

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1137/2004

ATAS/581/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

6^{ème} Chambre

du 19 juillet 2004

En la cause

Monsieur S_____

recourant

contre

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

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et
Juliana BALDE, Juges.**

EN FAIT

1. M. S _____ est propriétaire d'une entreprise du même nom de peinture, moquette, décoration et papiers-peints, active depuis 1974.
2. Le 12 décembre 2003, M. S _____ a déposé une demande de réduction de l'horaire de travail pour les trois employés de son entreprise, à partir du 5 janvier 2004 et pour une durée indéterminée. Le taux probable de perte de travail indiqué était de 100 %.
3. Le 18 décembre 2003, l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a requis du demandeur la production de diverses pièces ainsi que la réponse détaillée à plusieurs questions concernant l'entreprise, l'évolution du carnet de commandes et le développement du volume des affaires, ainsi que les motifs détaillés ayant amené le demandeur à introduire la réduction de l'horaire de travail.
4. Le demandeur a répondu le 13 janvier 2004, en précisant que la perte de travail n'était pas prévisible mais que les débuts d'années étaient toujours très difficiles et qu'il n'avait jamais licencié son personnel. Par ailleurs, la perte de travail actuelle pouvait être attribuée à des causes saisonnières. 535 heures par mois étaient perdues. Enfin, il signalait que son entreprise n'était pas exposée, ni plus ni moins, à des risques plus grands ou différents que la concurrence.

A la question « des commandes ont-elles été retardées ? Si oui, pourquoi ? Genre et volume des commandes retardées », le demandeur a répondu : non, aucune commande n'a été retardée mais s'agissant de travaux extérieurs, il faut attendre la bonne saison. Il a ensuite précisé que : ma clientèle est fidèle et je dois attendre la meilleure saison pour les travaux extérieurs à moins que l'on me propose momentanément des travaux en intérieur.

5. Par décision du 19 janvier 2004, l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La perte de travail était due à des circonstances relevant du risque normal d'exploitation, était habituelle dans la branche et était causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi. La demande de réduction de l'horaire de travail n'était pas déposée à cause d'une diminution générale du volume des commandes mais en raison du ralentissement habituel des activités durant la saison d'hiver.
6. Le 26 janvier 2004, l'assuré s'est opposé à cette décision en relevant que depuis le 5 janvier jusqu'au 16 janvier 2004, il avait payé tout le personnel de son entreprise alors que celui-ci n'avait pas travaillé. Depuis le 19 janvier 2004, tous ses employés étaient à nouveau occupés et ceci jusqu'au 13 février 2004. C'était pourquoi, ayant payé son personnel durant les premiers jours de janvier 2004, il désirait que les sommes avancées lui soient remboursées. Si tel n'était pas le cas, il se verrait dans

l'obligation de licencier au moins deux personnes ne pouvant les payer à ne rien faire.

7. Le 11 mars 2004, le groupe réclamations de l'OCE a entendu l'assuré. Celui-ci a déclaré qu'entre la fin de l'année 2003 et le début de mars 2004, son entreprise avait subi une perte de travail car certaines commandes prévues pour janvier 2004 avaient été reportées, dont un chantier qui devait débiter le 12 janvier 2004 à l'UBS ainsi que des travaux prévus au CICR. Les années précédentes, son entreprise n'avait pas subi une telle perte de travail en début d'année. Celle-ci n'était pas uniquement imputable à des facteurs saisonniers. Cette perte était plutôt liée au retard dans le commencement des travaux prévus.

8. Le 6 mai 2004, le groupe réclamations de l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré.

Les reports de chantiers à la demande du maître de l'ouvrage étaient fréquents dans la branche du bâtiment et constituaient par aisance un risque normal d'exploitation que l'employeur devait assumer. Chaque entreprise active dans cette branche devait compter avec la possibilité d'une perte de travail liée au report d'un ou de plusieurs chantiers. La société de l'assuré n'avait par ailleurs pas démontré en quoi sa situation actuelle était exceptionnelle. En outre, le ralentissement de l'activité durant l'hiver constituait une perte de travail causée par des fluctuations saisonnières qui n'était pas prise en considération par la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI)..

9. Le 21 mai 2004, l'assuré a recouru au Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) à l'encontre de cette dernière décision.

Il avait dû payer ses trois employés pour un total de 382,5 heures de travail non-effectué, ce qui était préférable que de licencier. Cela avait été le bon choix étant donné que son entreprise tournait maintenant à plein régime. La réduction de l'horaire de travail était donc temporaire et avait permis de maintenir les emplois comme l'exigeait la LACI.

10. Le 17 juin 2004, l'OCE s'est opposé au recours en maintenant sa décision sur opposition.

11. Le 28 juin 2004, le TCAS a tenu une audience de comparution personnelle des parties.

L'assuré a déclaré qu'il avait accusé d'une baisse exceptionnelle de travail en janvier et février 2004. Le travail ne variait pas en fonction des saisons. Un chantier qui devait débiter au CICR le 10 janvier 2004 avait été retardé au 5 juin 2004. Dès mars 2004, il avait retrouvé d'autres mandats. Actuellement, il tournait à plein régime avec deux ouvriers temporaires en plus. Il y avait globalement plus de travail

du printemps à l'automne en raison des chantiers à l'extérieur. La situation était exceptionnelle en raison d'un report de chantier particulièrement important.

L'OCE a relevé que le recourant se contredisait dans ses déclarations, référence faite à la réponse écrite du recourant du 13 janvier 2004. Une intervention n'était possible qu'en cas de rupture brutale de commande, ce qui était toutefois considéré comme un risque habituel dans le domaine de la construction.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).
- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.
- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines

commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseur à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ et 60 LPGA).
3. Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération (art. 31 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 33 al. 1 LACI, elle ne peut pas l'être, notamment, lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (let. a) ou lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise ou encore si elle est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (let. b).

Selon la jurisprudence, doivent être considérées comme des risques normaux d'exploitation, les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après

l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise ; ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Par ailleurs, la question du risque normal d'exploitation ne saurait être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause.

De manière générale, la jurisprudence considère que les délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage ne représentent pas des circonstances exceptionnelles dans le domaine de la construction. Même les pertes de travail dues à l'annulation de travaux ensuite de l'insolvabilité du maître de l'ouvrage ou provoquées par le retard d'un projet en raison d'une procédure d'opposition constituent des risques normaux d'exploitation. Quant aux variations du taux d'occupation dans une entreprise en raison d'une situation concurrentielle tendue, elles sont susceptibles de toucher chaque employeur d'une même branche économique et sont donc, elles aussi, inhérentes à de tels risques (DTA 1999 n° 10 pp. 50 ss consid. 2 et 4, 1998 n° 50 pp. 291-292 consid. 1 et les références citées). Par ailleurs, l'expérience prouve que des fluctuations du carnet de commandes sont absolument habituelles dans les entreprises de construction, tant en hiver que pendant les autres saisons (DTA 1999 n° 10 p. 51 consid. 4a). En outre, dans une situation conjoncturelle difficile pour les finances publiques, on ne saurait tenir le report de délais d'ouvertures de chantiers par des collectivités publiques pour des circonstances exceptionnelles. Les pertes de travail qui peuvent en découler doivent donc être considérées comme des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation d'une entreprise de construction (arrêt non publié F. du 18 mars 1997, C 316/96, du 13 septembre 2000, C 113/00).

4. Dans l'arrêt précité du 13 septembre 2000, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a considéré que les reports de délais de plusieurs grands projets, ou l'attente de réalisation d'autres projets faisaient partie des risques normaux d'exploitation d'une entreprise de construction et ne présentaient donc pas le caractère exceptionnel requis par la loi et la jurisprudence pour le versement des indemnités sur la base de l'art. 31 LACI.
5. En l'espèce, le recourant bien qu'ayant varié dans ses déclarations, allègue finalement un report de chantier important soit d'environ six mois (du 10 janvier au 5 juin 2004), inhabituel pour son entreprise. L'existence de ce report de chantier n'est pas contestée par l'OCE.

La présente cause est toutefois similaire à celle jugée par le TFA dans l'arrêt du 13 septembre 2000 précité selon lequel des reports de délais, même de plusieurs grands projets, doivent être considérés comme un risque normal de l'exploitation d'une entreprise de construction et ne peuvent en conséquence donner droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

Partant, le recours ne peut qu'être rejeté.

**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 recevable le recours.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

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 greffé