



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1715/03

ATAS/449/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

4^{ème} chambre

du 9 juin 2004

En la cause

Monsieur F _____,

recourant

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, Groupe
réclamations, 6, rue des Glacis-de-Rive, 1204 Genève**

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Mmes Isabelle DUBOIS et Nicole DOURNOW,
juges.**

EN FAIT

1. Monsieur F_____ a travaillé du 1^{er} janvier 1999 au 30 avril 2003 en qualité de dessinateur auprès de l'entreprise F_____ X SA. L'intéressé était actionnaire de la société anonyme à raison de 35% ; son père, Monsieur F_____, possédait le reste du capital-actions. L'assuré était également l'administrateur et le vice-président de la société, inscrit au Registre du commerce dès le 5 janvier 1999, au bénéfice d'une signature collective à deux.
2. En raison de la mauvaise conjoncture, Monsieur F_____, administrateur et président de la société, a, par courrier du 13 février 2003, résilié le contrat de travail de l'intéressé avec effet au 30 avril 2003.
3. L'intéressé s'est inscrit le 22 avril 2003 à l'Office cantonal de l'emploi et a sollicité des indemnités de chômage dès le 1^{er} mai 2003.
4. Par décision du 4 juillet 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) a refusé à l'intéressé l'octroi d'indemnités journalières, au motif que durant son délai-cadre de cotisations du 1^{er} mai 2001 au 30 avril 2003, il avait travaillé auprès de l'entreprise F_____ X SA, société dont il était toujours l'administrateur et le vice-président. La caisse a considéré que l'assuré s'était auto-licencié le 13 février 2003. Elle a constaté que l'intéressé réunissait la double qualité d'employeur et d'employé, qu'il était peu vraisemblable qu'il ne consacrait pas une partie de son temps à sauvegarder son entreprise et que sa perte de travail était incontrôlable. Selon la caisse, en tant que responsable de société, l'assuré n'aurait pas pu bénéficier des indemnités en cas de réduction d'horaire de travail, de sorte que son licenciement apparaissait comme fictif et dans le seul but de percevoir des indemnités de chômage tout en évitant le refus d'octroi de la réduction d'horaire du travail.
5. L'intéressé a formé réclamation en date du 12 juillet 2003, contestant avoir eu la double qualité d'employeur et d'employé. Il a fait valoir qu'il ne s'était pas auto-licencié, mais que Monsieur F_____ avait résilié son contrat de travail. Il a invoqué également que pendant la période qui a précédé son licenciement, il avait effectué des recherches d'emploi, dont une auprès de la maison Y SA qui l'a engagé dès le 1^{er} juillet 2003, en tant que dessinateur. Il a allégué que son conseiller en personnel l'avait informé qu'en tant qu'employé d'une entreprise, il avait le droit de percevoir des indemnités de l'assurance-chômage. Il conteste également que sa perte de travail soit qualifiée d'incontrôlable, dès lors que par son engagement auprès de Y SA, il avait prouvé le contraire.

6. Par décision du 15 août 2003, la Groupe réclamations a rejeté l'opposition de l'intéressé, considérant que l'assuré, de par son statut d'administrateur et de vice-président de la société, avait continué, même après son départ, à gérer la société. Il a confirmé le refus de la caisse de lui accorder des indemnités de chômage du 1^{er} mai au 30 juin 2003.
7. Par acte du 12 septembre 2003, Monsieur F_____ a interjeté recours contre cette décision, en produisant copie de sa demande de radiation auprès du Registre du commerce, ce qui confirme la rupture définitive de tous ses liens avec F_____ X SA.
8. Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue devant le Tribunal de céans en date du 7 janvier 2004, au cours de laquelle le recourant a confirmé qu'il était actionnaire de la société anonyme à raison de 35% et qu'il en était l'administrateur, au bénéfice d'une signature collective à deux. Il a exposé qu'il était salarié de la société anonyme et qu'en raison de la diminution des mandats et de la mauvaise conjoncture, il a été licencié avec effet au 30 avril 2003. Il a expliqué n'avoir pas démissionné de son poste d'administrateur à cette date car il ne voulait pas que son nom apparaisse dans la Feuille d'Avis Officielle alors qu'il recherchait un emploi, ce afin de garder le maximum de chance pour trouver autre chose. Il ne voulait pas que les gens sachent qu'il était au chômage. L'assemblée générale extraordinaire du 9 juillet 2003 a entériné sa démission ; son père a repris ses actions et est devenu l'actionnaire unique de la société. Il a exposé que du 30 avril au 9 juillet 2003, il n'a pas exercé de fonction d'organe pour le compte de la société anonyme ; il n'a signé aucun document, ni recherché de nouveaux mandats pour la société et n'a plus participé au conseil d'administration. L'assuré a fait des recherches d'emploi et a finalement trouvé une place de dessinateur en bâtiment auprès de la société Y SA dès le 1^{er} juillet 2003, ce qui confirme qu'il n'avait pas cherché à frauder. Il a fait valoir aussi que lorsqu'il s'est inscrit au chômage, ses deux placeurs lui ont affirmé qu'il aurait droit aux indemnités de chômage bien qu'il fût toujours administrateur de la société. S'il avait su qu'il n'aurait pas eu droit aux indemnités de chômage du seul fait de son inscription au Registre du commerce en tant qu'administrateur, il aurait alors immédiatement démissionné et fait radier son inscription.
9. La caisse a persisté dans ses conclusions, rappelant qu'elle était liée par les directives du SECO et la jurisprudence en la matière, et que seule la date effective de la sortie de la société était déterminante.
10. Dans ses conclusions du 29 février 2004, le recourant a persisté dans ses conclusions, reprochant à la caisse un manque d'information quant à sa situation personnelle.

11. Dans ses écritures du 4 mars 2004, la caisse a conclu au rejet du recours, relevant que c'est au moment où elle dispose de tous les documents nécessaires qu'elle peut étudier le droit aux indemnités de l'intéressé et que leur collaborateur, qui n'avait pas souvenir du cas particulier, explique aux assurés qu'une fois rompu définitivement tout lien avec la société concernée, ils ont en principe droit aux indemnités de chômage, pour autant que des salaires aient été versés.

EN DROIT

1. a) 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 (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 assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (art. 56V LOJ). Sa compétence est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (LPGA) s'applique à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, sauf dérogation expresse (art. 1 al. 1 LACI).

Interjeté dans la forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA ; art. 49 alinéa 2 de la loi genevoise en matière de chômage).

- 3a) Selon l'article 8 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI) l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi. Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Celui qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel est pour sa part réputé partiellement sans emploi (art. 10 al. 2 LACI).
- b) A teneur de l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise.

Selon la jurisprudence, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à prendre les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 123 V 234). A cet égard, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. Il est admis en règle générale que les personnes qui ont un droit de signature individuelle ou dont la participation dans l'entreprise s'élève à 20 % ou plus sont réputées personnes exerçant une influence sur les décisions de l'employeur (Circulaire SECO RHT 01-92, page 4 n°16).

Le comportement de l'assuré qui résilie lui-même les rapports de travail en tant que salarié – tout en conservant sa position d'employeur – et qui prétend ensuite à des indemnités de chômage afin de surmonter des périodes de difficultés dans l'entreprise et de pouvoir reprendre ultérieurement une activité salariée dans son entreprise qui continue d'exister, commet un abus de droit dans ce sens qu'il contourne la réglementation sur l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, laquelle exclut certaines catégories de personnes du cercle des ayants droit (DTA 1998, n°3, page 8). Est en particulier visé le cas d'assurés disposant d'un pouvoir réel dans la société qui, par des licenciements simulés, cherchent à obtenir

des indemnités afin de maintenir en vie leur société pendant une période économiquement difficile.

La situation est en revanche différente lorsque le salarié se trouvant dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même quand l'entreprise continue d'exister, mais qu'un tel salarié, par suite de résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société (ATF 123 V 234). Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage.

- c) Selon la jurisprudence, 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 société anonyme, il continue d'œuvrer en qualité d'actionnaire et d'administrateur unique de cette société (ATF 123 V 234). C'est la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI, qui vise à combattre des abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV n° 101 page 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision d'une entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans cette entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 n°41 pages 227 et ss consid. 1b et 2 ; SVR 1997 ALV n°101 page 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concernent les membres de conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO) d'un pouvoir déterminant au sens de l'article 31 alinéa 3 c LACI (DTA 1996/1997 n° 41 page 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 273 consid. 3 ; ATFA du 24 mars 2004 C 113/03).
4. En l'espèce, force est de constater que le recourant, nonobstant son licenciement, est demeuré actionnaire et administrateur de la société F _____ X SA jusqu'au 9 juillet 2003, date à laquelle l'assemblée générale des actionnaires a pris acte de sa démission et où son père a repris ses actions (cf. pièce recourant). Il a ainsi conservé toutes ses prérogatives et obligations légales qui lui incombent et doit dès lors être considéré comme appartenant au cercle des personnes visées par l'art. 31 alinéa 3 lettre c LACI.

**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. Le rejette ;
3. Dit que la procédure est gratuite et qu'il ne sera perçu aucun émolument ;
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 pli 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).

Le greffier:

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe