RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2120/2003/2/AC **ATAS/532/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 6 juillet 2004

En la cause

Monsieur L_____, mais comparant par Me Michel D'ALESSANDRI, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. Monsieur L_____ (ci-après le recourant), né en 1950, a travaillé en qualité de directeur de la société X_____ SA de 1975 à décembre 2001. Selon l'extrait du Registre du commerce (ci-après RC), il en a été vice-président avec signature individuelle d'août 1993 à juin 2003, date à laquelle il a eu la signature collective à deux.

2. Il a donné son congé au mois de juin 2000 pour fin décembre 2000. Au mois de décembre 2001, soit un an plus tard, il a formé une demande d'indemnités de chômage, qui lui ont été versées dès janvier 2002.

3. Par décision du 10 juillet 2003, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse) l'a informé de ce qu'il n'avait pas droit aux indemnités de chômage dès le 1er janvier 2002 en raison de sa double qualité d'employeur et d'employé, du fait que sa perte de travail était incontrôlable et son auto-licenciement fictif. Le remboursement des indemnités versées à tort lui serait demandé ultérieurement.

4. Suite à l'opposition formée le 5 août 2003, la caisse a rendu une décision sur opposition en date du 26 septembre 2003, confirmant sa décision et les motifs fondant celle-ci. C'est manifestement à tort que les indemnités lui avaient été versées, vu ce que la caisse avait découvert. Elle rappelait la jurisprudence fédérale et les directives du Secrétariat à l'économie (SECO) en la matière.

5. La demande de restitution, notifiée au recourant le 10 septembre 2003, est actuellement suspendue sur opposition auprès de la caisse.

6. Dans son recours du 4 novembre 2003, le recourant conclut à l'annulation de la décision et à ce qu'il soit dit qu'il a droit aux indemnités de chômage dès le 1er janvier 2002, avec suite de dépens. Il explique que son congé était dû aux problèmes de santé qu'il a eus, dès fin 1998, soit une tumeur au cerveau qui a nécessité deux opérations, en décembre 1998 et avril 2000 ; en outre, il était en désaccord avec son père quant au développement de la société. Il a retrouvé une capacité de travail en automne 2001, d'où son inscription au chômage. Il est certes resté inscrit au RC mais à tort, et sans avoir de pouvoir de décision dans la société. Celle-ci est dirigée par son père, actionnaire majoritaire, lui-même ne possédant qu'une action. En novembre 2002, il a été réengagé à titre accessoire par la société, soit à raison de 10h par semaine, gain intermédiaire annoncé au chômage. Il rappelle que selon la jurisprudence fédérale il faut examiner dans quelle mesure l'employé inscrit au RC jouit effectivement ou non d'un pouvoir de décision au sein de la société, en fonction de la structure interne de la société et non seulement en fonction des inscriptions au RC. Or, son inscription n'était qu'honorifique. Il conteste que l'on applique les règles sur la réduction du temps de travail comme le fait la caisse.

7. Dans sa réponse du 5 décembre 2003, la caisse conclut à la confirmation de sa décision. Elle observe que le recourant a conservé une signature individuelle au RC jusqu'en juin 2003, moment où il a dû produire un extrait du RC. Par ailleurs la caisse ignorait les relations existant entre le recourant et la société, dont le siège est à Bâle, jusqu'à ses vérifications suite à l'annonce du gain intermédiaire.

8. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 24 février 2004. Les parties ont procédé à un échange de vue concernant la recevabilité du recours, sur laquelle il sera revenu ultérieurement. Le recourant a expliqué les circonstances de la résiliation de son contrat, et celles relatives à une reprise d'activité partielle au sein de la société. Confirmant n'avoir jamais eu de pouvoir de décision, et n'avoir pas démissionné de sa fonction d'administrateur vice-président par ignorance des conséquences de son inscription, il a sollicité l'audition de M. M_____, contremaître depuis longtemps et devenu bras droit de son père à son départ. La caisse a confirmé ne pas contester le fait que le congé ait été donné principalement pour des raisons médicales ni le fait que le recourant ne détient qu'une action de la société.

   Sur quoi un délai a été fixé aux parties pour production de pièces, et l'audition de M. M_____ ordonnée.

9. Le recourant a produit des écritures et un chargé complémentaires le 31 mars 2004, soit les procès-verbaux des assemblées générales de la société pour les années 2001 à 2003, confirmant qu'il n'y avait plus exercé aucune activité jusqu'à son réengagement partiel en novembre 2002.

10. Le Tribunal a ordonné l'audition de M. M_____ en qualité de témoin, audience qui s'est tenue en date du 20 avril 2004. Il a expliqué travailler pour la société depuis 30 ans. Il a confirmé que c'est le père du recourant qui avait dirigé la société et continuait de la diriger, seul et de façon unilatérale. Toutes les décisions étaient prises par lui, qui est propriétaire de la société. Il a confirmé que jamais le recourant n'avait dirigé la société, qu'il s'occupait à l'époque de l'étranger et se trouvait les trois quarts de l'année en voyage pour de la prospection. Il a confirmé encore que le recourant avait donné sa démission pour raison de santé, et n'était pas revenu physiquement travailler à Bâle jusqu'en novembre 2002. Depuis lors, à la demande de son père il effectue depuis son domicile de la correspondance pour la société, notamment l'étranger, à raison de deux heures par jour. Dans l'intervalle la succursale américaine avait été vendue car il n'y avait plus personne pour s'en occuper.

    Suite à cette audition, les parties ont indiqué que la question de la recevabilité du recours était réglée car il était établi que la décision sur opposition, datée du 26 septembre 2003, avait été mal adressée et retournée à la caisse le 7 octobre 2003,

qui l'avait réacheminée au recourant. Sur quoi un court délai a été accordé aux parties pour écritures après enquêtes.

11. Par écritures du 14 mai 2004, le recourant a persisté dans ses conclusions. Son argumentation sera reprise en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt. Quant à la caisse, elle a renoncé à se déterminer.

12. Par courrier du 17 mai 2004, le Tribunal a transmis ces écritures à la caisse et informé les parties que la cause était gardée à juger.

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, 4ème 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 1er 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 1er 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. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur le chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, ainsi qu'à la loi cantonale en

matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA, ainsi que l'art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage. Interjeté dans les délai et forme légaux le recours est recevable.

4. La question à résoudre en l'espèce est de savoir si le recourant a droit aux indemnités prévues aux art. 18 et ss de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI), c'est-à-dire s'il remplit les conditions d'indemnisation de l'art. 8 LACI.

S'agissant d'une personne employée en qualité de directeur, donc salariée, et inscrit au RC comme administrateur vice-président, le recourant a la double qualité d'employé et d'employeur.

La jurisprudence fédérale prévoit les principes suivants, s'agissant du droit aux prestations d'un travailleur jouissant d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur. Un tel travailleur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou d'influencer celle-ci de manière déterminante, en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise. La situation est différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister, mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société (cf. ATF 123 V 238 consid. 7b/bb).

Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a rappelé les motifs qui président à ces exigences. Il s'agit avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. b LACI). Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle ils travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent, en effet, exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable. C'est la raison pour laquelle le TFA a posé des critères stricts permettant de lever d'emblée toute ambiguïté relativement à l'existence et à l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur. Il a ainsi nié le droit

aux indemnités à un employé également administrateur unique et actionnaire unique, licencié pour raisons économiques et qui avait repris une activité salariée restreinte au sein de la société (cf. ATFA du 6 mars 2002 cause C/92/02).

S'agissant par ailleurs du droit de sous-directeurs d'une grande entreprise à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, le TFA a précisé que le point de savoir si un employé est membre d'un organe dirigeant de l'entreprise et, par conséquent, exclu du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, doit être tranché compte tenu du pouvoir de décision dont il jouit effectivement, en fonction de la structure interne de l'entreprise. Il n'est pas admissible de refuser en règle générale le droit à l'indemnité à des employés exerçant des fonctions dirigeantes, pour l'unique motif qu'ils sont autorisés à représenter l'entreprise par leur signature et inscrits au registre du commerce (ATF 120 V 521 et ss). Pour les administrateurs, le principe est d'exclure le droit aux indemnités car ils disposent ex lege d'un pouvoir déterminant (ATF 122 V 273 ; ATFA du 24.03.04 cause C 113/01).

5. En l'espèce, le recourant a été inscrit en qualité d'administrateur vice-président sans toutefois exercer, ni pouvoir exercer, un quelconque pouvoir au sein de la société. Il ne détient qu'une action. Il ne pouvait, même en sa qualité de directeur, prendre aucune décision engageant la société, entièrement dirigée par son père. Son départ, justifié par des raisons de santé, l'a été aussi par le fait que son père a refusé de faire prendre à la société un tournant que lui-même considérait comme nécessaire, comme il l'a expliqué en audience, ce qui prouve bien que ses suggestions n'étaient pas suivies et qu'il ne pouvait aucunement influencer la direction des opérations. L'audition du témoin a confirmé ces faits. Il apparaît donc clairement que le recourant se trouvait dans une position apparente d'employé-employeur, mais que concrètement , vu l'organisation interne et la personnalité de son père, il ne jouissait pas d'un pouvoir de décision, ni n'était, en conséquence, organe dirigeant, au sens de la jurisprudence susmentionnée. Son absence totale de pouvoir de décision est prouvée, de sorte que le principe susmentionné ne trouve pas application ici.

En conclusion, c'est à juste titre qu'il a été mis au bénéfice d'indemnités dès janvier 2002, de sorte que la décision du 10 juillet 2003 et celle sur opposition du 26 septembre 2003 seront annulées.

6. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qui seront fixés, vu l'ensemble de la procédure, les écritures très compètes et les audiences à 2'500 fr.

***

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.

3. En conséquence, annule les décisions de la caisse cantonale genevoise de chômage des 10 juillet et 26 septembre 2003.

4. Condamne la caisse cantonale genevoise de chômage à verser au recourant une indemnité de 2'500 fr.

5. 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).

Le greffier:	La présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

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