

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2241/2003

ATAS/501/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

5^{ème} chambre

du 23 juin 2004

En la cause

Madame G_____ ,

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, rue des intimité
Glacis-de-Rive, case postale 3507, 1211 GENEVE 3

**Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Isabelle DUBOIS-DOGNON et Mme
Valérie MONTANI, juges.**

EN FAIT

1. Madame G _____ est au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisations de l'assurance-chômage depuis le 10 décembre 2001.
2. Après avoir accouché le 5 décembre 2002 et bénéficié des indemnités journalières en vertu de la loi sur l'assurance maternité, elle s'est réinscrite le 27 mars 2003 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).
3. Le 27 mars 2003, l'Office régional de placement (ci-après : ORP) a remis à l'assurée la lettre-type destinée aux assurés ayant des enfants en bas âge à charge. Ce courrier attire son attention sur le fait qu'elle doit trouver une solution pour garder son enfant et qu'une preuve d'une possibilité de garde concrète peut être exigée. Pour cette dernière hypothèse, cette missive précise « ... vous devrez fournir une attestation de la personne qui accepte (ou acceptera) de garder votre (vos) enfant(s) au cas où un emploi, un cours, un stage, etc., vous est proposé ou bien une attestation de la crèche (ou du jardin d'enfant) qui prendra votre (vos) enfant(s) en charge ».
4. Le 21 mai 2003, l'assurée a rencontré son conseiller en personnel, Monsieur R _____. Selon les notes de cet entretien prises par ce dernier, la recourante lui avait expliqué qu'elle n'allait pas avoir la réponse de la crèche avant le 26 mai 2003. Monsieur R _____ lui a alors fixé un délai au 16 juin 2003 pour la confirmation de la garde de son enfant.
5. Par lettre du 2 juin 2003, l'assurée a communiqué à son conseiller en personnel avoir inscrit sa fille auprès du Bureau d'Informations de la Petite Enfance (ci-après : BIPE) de la Ville de Genève qui est responsable de toutes les crèches privées et publiques du canton, et avoir éventuellement une place pour la p R _____ aine rentrée scolaire.
6. Le 29 juillet 2003, l'assurée a été entendue par le Groupe du suivi des présentations (ci-après : GSP) de l'OCE au sujet de son aptitude au placement. Elle a alors déclaré avoir effectué des démarches auprès du BIPE afin d'obtenir une place pour son enfant à partir du mois d'août 2003. Cependant, dans la mesure où la crèche était fermée, elle n'était pas en mesure de fournir une attestation d'inscription. L'assurée a également affirmé que sa sœur allait pouvoir garder l'enfant, si elle commençait à travailler. Sa sœur n'avait toutefois pas rempli le formulaire y relatif dès lors qu'elle ne désirait pas être formellement obligée de garder sa nièce. Elle ne souhaitait en effet pas s'occuper de celle-ci en permanence, mais uniquement jusqu'à l'ouverture de la crèche. L'assurée s'était présentée à cet entretien accompagnée de son enfant.
7. Par décision du 4 août 2003, l'OCE a déclaré l'assurée inapte au placement dès le 27 mars 2003 au motif qu'elle n'avait pas apporté la preuve de la garde de son enfant.

8. Par lettre du 20 août 2003, l'assurée a formé une réclamation contre cette décision, en concluant implicitement à son annulation et à ce qu'elle soit déclarée apte au placement. A cet égard, elle a relevé qu'elle avait précisé verbalement, lors de son premier entretien du 11 mars 2003 avec son conseiller en personnel, qu'un membre de sa famille allait garder son enfant. Elle ignorait qu'elle devait le faire attester par écrit et n'en avait été informée que lorsqu'elle a été entendue par le GSP. Elle a également allégué que son époux, Monsieur G _____ qui avait mis fin à son activité indépendante depuis le 31 décembre 2002 et était actuellement sans travail, pouvait garder sa fille. Pour corroborer ses dires, elle a joint une attestation de garde d'enfant dans ce sens signé par ce dernier et daté du 12 août 2003, ainsi qu'une lettre de la Fédération des Syndicats patronaux du 8 avril 2003 adressée à son mari et confirmant la cessation de l'activité indépendante de ce dernier. L'assurée a en outre déclaré avoir annoncé sa fille au BIPE qui l'a inscrite dans trois crèches.
9. Le 29 septembre 2003, l'assurée a été entendue par le Groupe réclamations de l'OCE. Elle a alors confirmé avoir reçu, lors de sa réinscription le 27 mars 2003, la lettre attirant son attention sur les problèmes de garde d'enfants, mais n'avoir pas compris qu'une attestation signée par une personne de sa famille disposée à s'occuper de son enfant pouvait suffire. Elle avait cru qu'elle devait produire une attestation émanant d'une crèche. Ce n'est que lors de son audition par le GSP en date du 29 juillet 2003 qu'il lui a été clairement expliqué qu'il fallait que la personne qui s'occupait de son enfant signe l'attestation de garde. Elle a répété que sa sœur n'avait pas signé ce document par crainte d'être obligée de s'occuper de son enfant, mais que son mari s'engageait à le faire.
10. Par décision sur opposition du 23 octobre 2003, le Groupe réclamations de l'OCE a partiellement admis la réclamation en reconnaissant à l'assurée une aptitude au placement dès le 12 août 2003, date à laquelle son époux avait signé l'attestation de garde. Il a retenu que l'assurée n'avait pas apporté la preuve d'une prise en charge de son enfant, au cas où un emploi lui serait proposé, pour la période qui a précédé cette date, en dépit de l'attestation de garde signée par son époux, au motif qu'elle avait déclaré dans un premier temps qu'elle n'allait avoir une place dans une crèche que dès la rentrée scolaire et que sa sœur était disposée à s'occuper de l'enfant sans vouloir s'engager formellement en signant le formulaire attestation de garde.
11. Par lettre du 20 novembre 2003, l'assurée a interjeté recours contre cette décision en concluant à son annulation et à la reconnaissance de son aptitude au placement dès sa réinscription en date du 27 mars 2003. Elle reprend les arguments développés précédemment, tout en ajoutant que son conseiller en personnel ne lui a jamais expliqué que l'attestation de garde pouvait également être signée par son mari.
12. Le 8 décembre 2003, l'intimé a transmis au Tribunal de céans les pièces ayant fondé la décision sur opposition attaquée, tout en renonçant à prendre des conclusions.

13. Par réplique du 8 janvier 2004, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle a indiqué avoir communiqué à son conseiller en personnel lors du premier entretien du 11 mars 2003 que son enfant pouvait rester avec son père ou avec un autre membre de sa famille. Ce n'est que lors du deuxième rendez-vous du 21 mai 2003 qu'il lui a demandé une attestation de garde d'enfant. Elle lui avait alors indiqué que sa belle-mère retraitée, ainsi que sa sœur assurait la garde. En raison d'une « honte culturelle », elle ne l'avait pas informé que son mari ne travaillait plus et était disponible.
14. Dans sa duplique du 12 février 2004, l'intimé a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, tout en soulignant qu'il était difficilement compréhensible que la recourante n'avait pas immédiatement signalé à son conseiller en personnel qu'elle n'avait aucun souci pour la garde de sa fille, dès lors que son mari était disponible. Elle a également rappelé que la recourante n'avait non plus mentionné ses faits lors de son audition par le GSP en date du 29 juillet 2003. Elle avait alors uniquement fait référence à sa sœur qui toutefois refusait de signer une quelconque attestation. Ce n'est qu'après avoir reçu la décision de l'ORP qu'elle a produit une attestation de garde signée par son époux. Enfin, l'intimé a jugé souhaitable de pouvoir entendre le conseiller en personnel de la recourante en qualité de témoin.
15. En date du 2 juin 2004, le Tribunal de céans a convoqué les parties pour une audience de comparution personnelle et l'audition de Monsieur R_____. La recourante ni personne pour elle ne s'est présentée à cette audience. Quant à Monsieur R_____, il a déclaré ne plus se rappeler s'il avait demandé, lors du premier entretien du 11 mars 2003, une attestation de garde à la recourante. Il était toutefois certain d'avoir exigé la remise d'une telle attestation lors de son entretien du 21 mai 2003 avec la recourante. Après le retour d'un congé maternité, il faisait en principe toujours remplir un document standard, sur lequel l'assurée devait indiquer le nom et l'adresse de la personne prête à garder l'enfant. Il lui semblait qu'il devait avoir été clair pour la recourante que cela pouvait être une personne privée ou une crèche. Ce document correspondait au formulaire intitulé « Attestation de garde d'enfant(s) » que l'époux de la recourante avait finalement rempli le 12 août 2003. Ce document était joint à la lettre type qui était adressée aux assurés ayant des enfants en bas âges à charge. Le témoin ne se rappelait plus si la recourante lui avait indiqué, lors d'un de leurs entretiens, qu'un membre de sa famille pouvait surveiller son enfant en son absence.

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. Interjeté dans les délais et la forme prévue par la loi, le recours doit être déclaré recevable (art. 60 et 61 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, LPGA, par renvoi de l'art. 1 al. 1 de loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, LACI, et art. 89B de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, LPA).
3. Le droit à l'indemnité de chômage est subordonné à l'aptitude au placement, selon l'art. 8 al. 1 let. f LACI. Celle-ci est admise, si le chômeur est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration, ainsi que s'il est mesure de le faire, aux termes de l'art. 15 al. 1 LACI. L'aptitude au placement présuppose ainsi, d'une part, la faculté de fournir un travail sans que l'assurée en soit empêchée pour des raisons inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, soit la volonté de prendre un tel travail s'il se présente et une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à l'emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 120 V p. 391 consid. 1). Il résulte de ce qui précède que les hommes et les femmes qui assument la garde de leurs enfants ne sont réputés aptes au placement que s'ils ont la possibilité de confier celle-ci à une tierce personne.

Aux termes de la directive de l'ex-OFIAMT relative à l'aptitude au placement d'assurés assumant la garde d'enfants en bas âge (Bulletin AC 93/1, fiche 3), que le Tribunal fédéral des assurances a déclaré conforme au droit fédéral (DTA 1993/1994 n° 31 p. 319), la manière dont les parents entendent faire garder leurs enfants relève de leur sphère privée. L'assurance-chômage ne procède par conséquent à aucune vérification à ce sujet au moment du dépôt de la demande d'indemnités, sous réserve d'abus manifestes. Si toutefois, au cours de la période d'indemnisation, la volonté ou la possibilité de confier la garde des enfants à un tiers apparaît douteuse, en raison des déclarations ou du comportement de la personne assurée (recherches d'emploi insuffisantes, exigences mises à l'acceptation d'un emploi ou refus d'un emploi convenable), l'aptitude au placement doit être vérifiée et la preuve d'une possibilité concrète de garde peut être exigée (ATFA non publié du 14 août 2000, cause C 28/00, p. 3 s. consid. 2a et b, et du 21 mars 2003, cause C 169/02, p. 2 consid. 1.2 et 2.2).

4. En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'assurée, après sa réinscription à la fin de son congé maternité en date du 27 mars 2003, n'a fourni une attestation de garde de son époux qu'avec sa réclamation du 20 août 2003. Cette attestation est datée du 12 août 2003. La recourante allègue toutefois que son époux était disponible dès le départ pour garder sa fille, dans la mesure où il avait cessé son activité indépendante et qu'il était sans travail. Elle n'a cependant pas produit cette attestation plus tôt, dès lors qu'elle croyait que seule une attestation de garde émanant d'une crèche était valable et qu'elle se gênait d'avouer que son mari se trouvait sans travail. Les arguments de la recourante ne résistent cependant pas à l'examen. En effet, il n'est pas contestable qu'elle a reçu dès sa réinscription la lettre type de l'OCE attirant son attention sur le fait qu'elle devait avoir une possibilité de faire garder son enfant par un tiers et qu'une attestation dans ce sens pouvait être demandée. A cet égard, il est clairement précisé dans ce courrier qu'il doit s'agir d'une attestation de la personne qui gardera l'enfant. Ce n'est qu'en deuxième lieu que ce courrier fait état d'une attestation de la crèche qui le pendra en charge. Par ailleurs, selon les déclarations de Monsieur R_____, l'ancien conseiller en personnel de la recourante qui a été entendu en qualité de témoin, le formulaire type intitulé « Attestation de garde d'enfant(s) », lequel son mari a finalement rempli, était annexé audit courrier de l'OCE. Sur ce formulaire, le ou la soussigné(e) doit attester s'engager à garder le ou les enfants. Ce formulaire ne comporte aucune rubrique du genre « nom et adresse de la crèche » qui aurait pu éventuellement induire en erreur. Au vu de ces éléments, il paraît invraisemblable que la recourante ait pu comprendre que seule l'attestation d'une crèche était suffisante. Cela étant, c'est à raison que l'intimée a considéré que le document signé par l'époux de la recourante constituait une attestation de complaisance établie pour les besoins de la procédure, de sorte qu'aucune valeur probante ne pouvait lui être attribuée pour la période antérieure à la date à laquelle elle a été établie.

Par conséquent, il y lieu d'admettre que la recourante n'était pas apte au placement entre le 27 mars 2003 et le 12 août 2003, date à laquelle son mari s'est formellement engagé à garder leur enfant.

5. Au vu de ce qui précède le recours sera rejeté et la décision attaquée confirmée.

**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 formé par Madame G _____ contre la décision sur opposition du 23 octobre 2003 de l'Office cantonal de l'emploi, Groupe réclamations.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Confirme la décision dont est recours.
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 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:

Yaël BENZ

La Présidente :

Maya CRAMER

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