RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2361/2003 **ATAS/584/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 19 juillet 2004

En la cause

Monsieur T_____, p.a. Mme S_____ recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, Genève intimée

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

EN FAIT

1. M. T_____, né le mars 1959, de nationalité roumaine, est arrivé en Suisse le 26 juin 2002. Il est au bénéfice d'une autorisation de séjour « B » valable jusqu'au 1er septembre 2004.

2. Le 16 mai 2003, M. T_____ a déposé une demande d'indemnités de chômage. Son inscription a été confirmée le 23 juin 2003 par l'Office cantonal de l'emploi (OCE).

3. Dès mai 2003, M. T_____ a effectué des recherches personnelles en vue de trouver un emploi, comme l'attestent les fiches y relatives. Il a également remis à la Caisse cantonale genevoise de chômage une carte de contrôle pour le mois d'août 2003.

4. Le 10 septembre 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage a rendu une décision par laquelle elle a refusé de donner suite à la demande d'indemnités de M. T_____ présentée le 16 mai 2003 en raison du fait qu'il ne justifiait d'aucune période de cotisation durant les deux ans précédant son inscription.

5. Le 19 septembre 2003, M. T_____ s'est opposé à cette décision en relevant que sa demande d'indemnités était faite en vertu de la loi qui offre une protection pour les personnes se trouvant dans la misère la plus totale et qu'il avait transmis à la Caisse cantonale genevoise de chômage chaque mois la carte de contrôle avec des recherches d'emploi personnelles, plusieurs fois en se rendant à pied auprès d'entreprises du canton qui avaient souvent refusé de mettre un tampon.

   Etait jointe une déclaration de M. T_____ faite devant notaire, en Roumanie, le 17 décembre 2000, selon laquelle il ne travaillait dans aucune firme d'Etat ou privée et qu'il n'avait aucun revenu.

6. Le 7 novembre 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage a rejeté l'opposition de M. T_____.

7. Le 10 décembre 2003, M. T_____ a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) à l'encontre de la décision sur opposition du 7 novembre 2003 en relevant qu'il était titulaire d'un permis B depuis le 10 septembre 2003 ainsi que d'une carte AVS-AI et qu'il avait rempli la feuille de recherche d'emploi chaque mois.

8. Le 20 janvier 2004, la Caisse cantonale genevoise de chômage a transmis son dossier de pièces au Tribunal cantonal des assurances sociales.

9. Le 25 mai 2004, l'assuré ne s'est pas présenté à une audience de comparution personnelle des parties.

10. Par courrier du 29 mai 2004, l'assuré a informé le TCAS qu'il avait « raté la convocation du 25 mai » car il était souffrant. Il a aussi mentionné la nécessité d'être représenté par un avocat.

11. Le 21 juin 2004, le TCAS a informé l'assuré qu'il pouvait consulter son dossier au greffe, ce que celui-ci a fait en date du 18 juin 2004.

12. Par courrier du 21 juin 2004, le TCAS a demandé à l'assuré de bien vouloir l'informer, d'ici au 28 juin 2004, s'il avait constitué un avocat.

    L'assuré n'a pas répondu à ce courrier.

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 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. A teneur de l'art. 8 al.1 let.e de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI), pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré. Il doit ainsi avoir exercé dans les limites du délai-cadre durant 6 mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI

dans sa teneur valable jusqu'au 30 juin 2003), ou être libéré des conditions relatives à la période de cotisation pour les motifs prévus par l'art 14 LACI. Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (art. 9 al. 3 LACI).

5. En l'espèce, le recourant, qui est arrivé en Suisse le 26 juin 2002, n'a exercé aucune activité soumise à cotisation dans les deux ans précédant son inscription à l'OCE le 16 mai 2003. Il ne fait pas non plus valoir un motif de libération au sens de l'art. 14 LACI. Les recherches d'emplois effectuées par le recourant et attestées par la carte de contrôle ne permettent pas à elles seules d'obtenir des indemnités de chômage. Il en est de même de la titularité d'un permis B et d'une carte AVS/AI invoqués par le recourant.

   Partant, le recours ne peut qu'être rejeté et la décision sur opposition du 17 novembre 2003 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 le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. 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).

La greffière:	La Présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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