RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2425/2005 **ATAS/471/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 3 mai 2006

En la cause

Monsieur B_____, domicilié GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître CARRON Geneviève	recourant

contre

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

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. En 1999, Monsieur B_____ s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1er juillet 1999 au 30 juin 2001. Son gain assuré a été fixé à 7'065 fr. et le taux d'indemnisation à 80 %.

2. L'assuré a été indemnisé jusqu'au 13 mars 2000, date à laquelle il a retrouvé un emploi auprès de la société X_____SA. Le 10 janvier 2001, le recourant a été licencié avec effet immédiat pour justes motifs.

3. L'assuré s'est réinscrit à l'OCE le 16 janvier 2001, indiquant qu'il pensait introduire une action à l'encontre de son employeur par-devant le Tribunal des prud'hommes. Par décision du 2 avril 2001, l'OCE a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de l'assuré d'une durée de 58 jours, considérant qu'il était responsable de son licenciement.

4. L'assuré ayant contesté cette décision le 2 mai 2001, l'OCE, par décision incidente du 6 juin 2001, a suspendu l'instruction jusqu'à droit jugé dans la procédure prud'hommale. L'assuré a perçu des indemnités, hormis la période de suspension de son droit, jusqu'à la fin de son délai-cadre, le 30 juin 2001.

5. Le 1er mai 2002, l'assuré s'est réinscrit à l'OCE et a sollicité des indemnités de chômage. Sur sa demande, il a indiqué qu'il avait travaillé en dernier lieu auprès de la société Y_____, succursale de Genève, (ci-après Y1_____), du 1er juillet 2001 au 30 avril 2002. Selon l'attestation de l'employeur du 25 avril 2004, signée par l'assuré, il est mentionné qu'il a travaillé en tant que responsable d'agence, à plein temps, pour un salaire mensuel de 7'947 fr. 75. A la question de savoir s'il avait une participation financière dans l'entreprise ou s'il occupait une fonction dirigeante, par exemple actionnaire, membre du conseil d'administration ou associé, etc. l'assuré a répondu par la négative.

6. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en faveur de l'assuré du 1er mai 2002 au 30 avril 2004.

7. Le 10 mai 2004, la caisse a reçu copie de l'arrêt rendu le 1er septembre 2003 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes dans le cadre du litige ayant opposé l'assuré à la société Z_____SA. Il en résultait que l'assuré était propriétaire d'une société X1_____, inscrite au Registre du commerce depuis le mois de mars 2002.

8. La caisse a consulté le Registre du commerce en date du 18 mai 2004 et constaté que l'assuré était inscrit depuis le 13 mars 2002 en qualité d'associé gérant avec signature individuelle de la société X1_____ ; en outre, il était inscrit

comme directeur de la succursale de la société Y1_____, depuis le 1er juin 2001, avec signature individuelle limitée aux affaires de la succursale.

9. Par décision du 14 juin 2004, la caisse a informé l'assuré que son droit à l'indemnité était nié rétroactivement du 1er au 30 juin 2001, au motif qu'il n'avait jamais annoncé son projet de création d'une société étrangère, qu'il était inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur de la succursale à compter du 1er juin 2001 et qu'il était dès lors peu vraisemblable qu'il n'ait pas travaillé depuis le 1er juin 2001 dans son entreprise. Par ailleurs, le fait qu'il ait annoncé un mois de vacances du 1er juin au 30 juin 2001 ne l'autorisait pas à commencer une activité chez Y1_____ tout en bénéficiant des indemnités de chômage. La caisse a donc retenu qu'en juin 2001, l'assuré a réalisé un gain intermédiaire de 7'000 fr., plus les commissions, supérieur aux indemnités qu'il avait perçues, de sorte qu'il ne pouvait bénéficier d'indemnités de chômage.

10. Le 13 juillet 2004, l'assuré a formé opposition, alléguant que si la société a été effectivement inscrite au Registre du commerce le 1er juin 2001, date à laquelle il a déposé sa signature auprès d'un notaire, il n'a commencé son activité qu'en date du 1er juillet 2001. Du 1er juin au 30 juin 2001, il ne s'est pas préoccupé de cette société, n'a exercé aucune activité dans la mesure où il était parti en vacances à l'étranger et n'a perçu aucune rémunération. Il conclut à l'annulation de la décision.

11. Par décision du 6 juin 2005, la caisse a rejeté l'opposition, considérant qu'il était peu vraisemblable que l'assuré n'ait pas commencé son activité le 1er juin 2001, dès lors qu'il était inscrit au Registre du commerce et qu'il n'avait pas apporté la preuve, par pièces, de ses vacances à l'étranger. La caisse a retenu en conséquence le salaire de 7'947 fr. 75 tel qu'il résulte des attestations de salaires produites par l'assuré, rappelant que le seul fait d'exercer une activité pour laquelle un salaire doit être versé suffit pour justifier l'application d'un gain intermédiaire "conforme".

12. Représenté par Maître Geneviève CARRON, l'assuré a interjeté recours le 6 juillet 2005 et sollicité un délai supplémentaire pour compléter son recours et produire tous documents prouvant qu'il avait été engagé qu'à partir du 1er juillet 2001 et n'avait pas perçu de rémunération en juin 2001.

13. Dans sa réponse du 1er septembre 2005, la caisse a persisté intégralement dans ses conclusions, relevant au surplus que le fait que le recourant ait reçu ou non une rémunération n'était pas pertinent, dès lors que le système d'une rémunération conforme aux usages professionnels et locaux au sens de la loi est applicable même lorsque l'activité déployée n'a pas été rémunérée. Il suffit qu'une activité a été exercée, pour laquelle un salaire doit être versé. Le recourant n'apportait d'ailleurs pas la preuve d'avoir pris des vacances à l'étranger durant le mois de juin 2001.

14. Par écriture du 3 octobre 2005, le recourant conteste avoir exercé une activité en juin 2001, sa seule démarche ayant constitué à déposer sa signature chez un notaire

en vue de la constitution de la succursale de Y1_____ à Genève. Il a produit copies des billets d'avion pour lui-même et sa famille attestant d'un séjour en Thaïlande du 1er au 14 juin 2001. Il se réfère également à l'attestation de l'employeur du 25 avril 2002, qui atteste du début de son activité le 1er juillet 2001.

15. Invitée à se déterminer, la caisse a persisté dans ses conclusions.

16. Le Tribunal a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 8 février 2006. Le recourant a déclaré qu'il avait rencontré un des administrateurs de la société mère de Y1_____ de Londres en mai-juin 2001, lors des entretiens d'embauche. La société avait déjà une succursale à Chypre et envisageait d'en créer une à Genève. Il ne savait pas pourquoi il avait été inscrit au Registre du commerce dès le 1er juin 2001. Dès qu'il avait eu confirmation de son engagement pour le 1er juillet 2001, il s'était organisé pour partir en vacances et avait avisé la caisse de chômage. Il est parti deux semaines à l'étranger avec sa famille, puis est revenu à Genève. Il a expliqué que la société était premièrement domiciliée au 4, rue Charles-.Bonnet, dans une étude d'avocats qui s'était occupée de la création de la succursale. Dès le 1er juillet 2001, elle avait loué des locaux au 2, rue du Pas-de-l'Echelle. La caisse a déclaré qu'elle avait pris connaissance des pièces produites par le recourant quant à son voyage à l'étranger, mais qu'elle partait du principe que dès son retour à Genève, le recourant avait eu le temps de "monter" la société. Elle a fait remarquer que la société était domiciliée à la rue du Pas de l'Echelle le 11 juin 2001. Le recourant a contesté ce fait et a proposé de faire des recherches en vue d'obtenir copie du bail et de sa lettre d'engagement. Le Tribunal lui a accordé un délai au 28 février 2006.

17. Par courrier du 2 mars 2006, le recourant a informé le Tribunal que l'Etude d'avocats FRORIEP & RENGGLI à Genève lui avait indiqué que le dossier était archivé à Londres et qu'il attendait une réponse écrite.

18. Le 17 mars 2006, le recourant a communiqué au Tribunal copie d'un courrier de l'Etude d'avocats précitée, aux termes duquel le dossier ne contenait pas de copie du bail, ni du contrat de travail qui l'avait lié à la société et que son mandat avait cessé.

19. Ce courrier a été adressé à la caisse en date du 27 mars 2006, ensuite de quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 8 octobre 2000(LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

   Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Selon l'art. 53 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. L'assureur peut également revenir sur les décisions les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA).

En l'espèce, suite à la réception du jugement de la Cour d'appel du Tribunal des prud'hommes, la caisse a nié rétroactivement le droit aux indemnités de chômage qu'elle avait déjà allouées au recourant, pour la période du 1er au 30 juin 2001.

Il sied cependant de rappeler que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA), une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens des art. 49 al. 2 LPGA et 25 al. 2 en liaison avec l'art. 5 al. 1 let. b de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 129 V 290 consid. 2.1; 126 II 303 consid. 2c et les références). L'exigence d'un intérêt digne de protection vaut également lorsque l'autorité rend une décision de constatation non pas sur requête d'un administré mais d'office (art. 25 al. 1 PA; ATF 130 V 391 ss. consid. 2.4; RAMA 1990 n° 106 p. 275).

Pour savoir si on a affaire, dans un cas particulier, à une décision attaquable au sens juridique - c'est-à-dire si elle satisfait notamment aux exigences ci-dessus exposées - , il ne faut pas l'interpréter de manière littérale mais, sous réserve de la protection de la bonne foi éventuelle, il convient de se fonder sur sa signification juridique concrète (ATF 120 V 497 ss. consid. 1; DTA 2000 n° 40 p. 210 consid. 1a; 1998 n° 33 p. 181 consid. 1). Ainsi, le TFA a jugé qu'une « décision » qui ne modifiait pas avec un effet obligatoire et directement contraignant une prétention servie à l'intéressé (par exemple une indemnité de chômage) était typiquement de nature constatatoire. Une telle « décision » ne satisfait pas à l'exigence d'un intérêt digne de protection, de sorte qu'elle n'est pas attaquable devant une autorité judiciaire cantonale (consid. 3.2 et 3.3 non publiés de l'arrêt ATF 130 V 388 ; ATFA du 12 octobre 2005 C 183/04 consid. 2.2).

En l'occurrence, il convient de rappeler que la décision du 2 avril 2001 de l'OCE portait sur une suspension du droit à l'indemnité du recourant durant son premier délai-cadre d'indemnisation. Le recourant ayant contesté cette décision, l'OCE avait suspendu l'instruction de la cause jusqu'à réception du jugement du Tribunal des prud'hommes. Hormis les jours de suspension, la caisse avait déjà alloué des indemnités de chômage au recourant jusqu'à la fin de son délai-cadre, soit le 30 juin 2001 ; en conséquence, la « décision » dont est recours lui déniant le droit à l'indemnité de chômage avec effet rétroactif pour la période du 1er au 30 juin 2001 revêt un caractère purement constatatoire, puisqu'elle ne modifie pas avec effet obligatoire directement contraignant les droits de l'assuré aux prestations déjà accordées. Si la caisse de chômage entendait modifier la situation juridique découlant de la décision (matérielle) d'octroi de l'indemnité de chômage, elle avait

la faculté de réclamer la restitution des prestations déjà perçues aux conditions qui président à la révocation des décisions administratives entrées en force.

Au vu de ce qui précède, il y lieu de constater que la « décision » sur opposition de l'intimée se contentant de nier le droit à des prestations déjà allouées ne satisfait pas à l'exigence de l'intérêt digne de protection, de sorte que le Tribunal de céans ne doit pas entrer en matière sur le recours formé contre une telle "décision" (cf. ATFA C 184/04 précité, consid. 3).

Les droits du recourant seront sauvegardés par la possibilité de former opposition, et le cas échéant recours, contre l'éventuelle décision de restitution de la caisse.

***

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. N'entre pas en matière sur le recours.

2. Dit que la procédure est gratuite.

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 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 :

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

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