

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2653/2004

ATAS/421/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 12 mai 2005

3^{ème} chambre

En la cause

Monsieur M_____, comparant par Me Yves NIDEGGER en recourant
l'Etude duquel il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, rue de Montbrillant 40, case intimé
postale 2293, 1211 Genève 2

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Monsieur M _____ a travaillé depuis 1996 pour la mission permanente d'Algérie. Le 30 juillet 2004, son employeur l'a licencié avec effet immédiat. Il lui a été reproché d'avoir délibérément négligé d'entretenir la voiture officielle de fonction de l'ambassadeur, ce qui a été considéré comme une faute professionnelle grave. Selon la lettre de licenciement, cette négligence s'ajoutait à une « longue série de fautes professionnelles particulièrement lourdes » qui auraient entravé et perturbé le fonctionnement des services de la résidence du chef de la Mission permanente d'Algérie. Il a été notamment reproché à l'employé d'avoir négligé de tailler les haies et de s'occuper de pommiers dans le jardin de la résidence, ce qui avait occasionné des centaines de francs de frais. Il a également été relevé qu'il avait introduit des personnes étrangères dans la résidence sans l'autorisation de l'ambassadeur.
2. Le 4 août 2004, l'assuré a déposé une demande d'indemnités auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE).
3. Par décision du 27 octobre 2004, l'OCE a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de 45 jours, au motif que l'assuré avait donné à son employeur des motifs de résiliation et qu'il était dès lors responsable de sa situation de chômage.
4. Le 29 novembre 2004, l'assuré a formé opposition à cette décision. Il a allégué que la mission d'Algérie défrayait régulièrement la chronique, que « la manière quelque peu médiévale » avec laquelle elle traitait les employés attachés au service de l'ambassadeur était de notoriété publique et a produit à l'appui de ses dires des coupures de presse. L'assuré a soutenu avoir été victime d'un licenciement abusif et n'avoir commis aucune faute. Il a fait valoir que lorsque la caisse de chômage est confrontée à deux versions des faits et que l'assuré fait valoir en justice des droits que lui conteste l'ex-employeur, la caisse doit renoncer à prononcer la suspension envisagée et intervenir dans la procédure en tant que partie subrogée. Il a produit la copie du mémoire déposé par ses soins devant la juridiction des Prud'hommes et conclu à ce que la caisse renonce à la suspension envisagée au profit d'une subrogation dans la procédure prud'homale.
5. Dans son action en paiement déposée auprès du Tribunal des Prud'hommes par l'assuré en date du 29 novembre 2004 contre l'Etat d'Algérie (pris au for de sa mission permanente à Genève), l'assuré affirme avoir accompli son travail à satisfaction. Il explique que son épouse, également employée de la mission, s'est vu abruptement signifier son congé le 16 février 2004. Pour sa part, il a, par courrier du 7 mai 2004, contesté son décompte de salaire du mois de mars 2004 - sur lequel la mission d'Algérie avait retenu Fr. 700.--, protesté contre le fait que ce salaire n'avait pas été adapté au coût de la vie dès le 20 février 2004 comme il aurait dû l'être en application de son contrat et contre le fait qu'il s'acquittait seul de

l'intégralité des cotisations sociales. De son côté, son épouse, par courrier du 8 juin 2004, a interpellé la Mission en contestant son congé et en annonçant un recours hiérarchique auprès du Ministère des affaires étrangères d'Alger. C'est dans ce contexte que la Mission permanente a licencié l'assuré avec effet immédiat en date du 30 juillet 2004. Devant le Tribunal des Prud'hommes, l'assuré a conclu à la condamnation de l'Etat d'Algérie au paiement de la somme de Fr. 47'415.-.

6. Par courrier du 9 décembre 2004, l'OCE, constatant que le sort de l'opposition dépendait de la procédure intentée le 29 novembre 2004 par-devant le Tribunal des Prud'hommes, a informé l'assuré qu'il suspendait la procédure jusqu'à droit jugé.
7. Par courrier du 17 décembre 2004, l'assuré a contesté auprès de l'OCE cette décision de suspension de la procédure. Il a fait valoir que son ancien employeur étant un Etat étranger, la procédure auprès des Prud'hommes prendrait certainement des longueurs tout à fait inhabituelles et que l'audience d'introduction avait d'ailleurs été fixée au 23 juin 2005 seulement. Par ailleurs, il a invoqué une violation du principe de l'égalité de traitement, alléguant qu'en général, dans une telle situation, la caisse renonce à sanctionner l'assuré jusqu'à droit connu aux Prud'hommes, le doute devant lui profiter. Il a relevé que, dans son cas, la caisse entendait au contraire maintenir sa sanction jusqu'à droit connu, alors même qu'il avait démontré la vraisemblance de son droit par le dépôt d'une action en paiement motivée et que la caisse avait la possibilité de sauvegarder l'intégralité de ses intérêts par le biais d'une subrogation. Enfin, il a rappelé sa condition particulièrement modeste et fait valoir que la sanction infligée était de nature à plonger sa famille dans un état de précarité douloureux.
8. Par courrier du 12 janvier 2005, l'OCE a transmis ce courrier au Tribunal de céans en faisant valoir que la décision litigieuse était une décision d'ordonnancement de la procédure et qu'elle ne pouvait dès lors être attaquée par voie d'opposition.
9. Invité à se prononcer, l'OCE, dans son préavis du 21 février 2005, a conclu au rejet du recours. Il allègue que la suspension de l'instruction de l'opposition se justifie par le fait que, dans le cadre de l'examen de sa demande, le Tribunal des Prud'hommes sera amené à se prononcer sur le bien-fondé du licenciement immédiat de l'assuré et sur les motifs ayant conduit à ce licenciement. S'il devait retenir l'existence d'une faute à la charge de l'intéressé, la suspension prononcée devrait être maintenue alors que dans l'hypothèse contraire, elle devrait être annulée. L'autorité intimée soutient que, la suspension des indemnités de chômage ayant déjà été exécutée, la suspension de la procédure ne cause aucun préjudice à l'assuré. Enfin, elle fait valoir qu'elle ne peut attendre l'issue de la procédure prud'homale avant de prononcer une décision de suspension sans risquer un préjudice irréparable, la suspension devenant caduque après six mois.

10. Dans sa réplique du 25 mars 2005, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il s'est étonné de ce que l'OCE puisse alléguer que la décision de suspendre ses indemnités pour une durée de 45 jours ne lui cause aucun préjudice, d'autant qu'il dispose de revenus extrêmement modestes. Enfin, il fait valoir que l'autorité intimée peut parfaitement attendre l'issue de la procédure prud'homale sans le moindre risque de subir un préjudice irréparable, dans la mesure où il apparaît à teneur du dossier qu'il dispose d'une créance solide à l'encontre de son employeur et où il sera subrogé dans ses droits. Qui plus est, il soutient que l'OCE étant lui-même débiteur de prestations de chômage, il pourra le cas échéant compenser les créances réciproques sans risque pour lui. En conséquence, il fait valoir que tant des motifs juridiques que d'opportunité imposent que la décision de suspension soit cassée.

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

Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} 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. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable.
3. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA relatives à la loi fédérale 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.
4. Avant tout, il convient de vérifier que la décision de la caisse était attaquant directement devant la juridiction cantonale par la voie du recours de droit administratif ou si elle devait préalablement faire l'objet d'une opposition devant la caisse.

a) L'entrée en vigueur de la LPGA, le 1er janvier 2003, a étendu à l'ensemble des branches des assurances sociales (à l'exception de la prévoyance professionnelle) la procédure d'opposition, que seules certaines lois (LAMal, LAA, LAM) connaissaient jusqu'alors. Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Cette norme légale de procédure est entrée immédiatement en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV no 37 p. 316 consid. 3b), ce qui signifie que toutes les décisions visées, rendues après le 31 décembre 2002, sont soumises à la procédure d'opposition.

Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA). Il en va donc ainsi des décisions d'ordonnancement de la procédure au sens de l'art. 52 al. 1 in fine LPGA («prozess- und verfahrensleitende Verfügungen»; «decisioni processuali e pregiudiziali», selon les versions allemande et italienne de cette disposition). Il s'agit de décisions incidentes que le législateur a soustraites à la procédure d'opposition, afin d'éviter des retards excessifs dans le déroulement de la procédure (Ueli KIESER, ATSG- Kommentar, 2003, note 18 ad art. 52; FF 1999 4261). Sur ce point, le législateur a repris - et pour les mêmes motifs de célérité de la procédure - une réglementation analogue à celle de l'art. 100 aLAM (voir Jürg MAESCHI, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung [MVG] vom 19. Juni 1992, Berne 2000, note 2 ad art. 100).

b) Conformément à l'art. 49 al. 1 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes, avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord. La notion de décision n'est toutefois pas définie dans la LPGA. Elle correspond cependant à la notion de décision au sens de l'art. 5 PA, qui a une portée générale en matière d'assurances sociales (voir par exemple ATF 120 V 349 consid. 2b). Selon l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme des décisions les mesures de l'autorité dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral ayant pour objet: a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations; b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations; c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations.

La décision incidente se caractérise par le fait qu'elle est prise en cours de procédure et qu'elle ne constitue qu'une étape vers la décision finale. En général, elle porte sur une question de procédure. Il n'est cependant pas exclu qu'elle tranche un problème de fond (MOOR, Droit administratif, vol. II, 2ème édition mise à jour et augmentée, Berne 2002, p. 226; Benoît BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 262 s.; André GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, p. 868).

Les décisions d'ordonnancement de la procédure au sens de l'art. 52 al. 1 in fine LPGa sont des décisions incidentes en matière de procédure exclusivement, comme cela ressort clairement des textes français et allemand de cette disposition (voir aussi FF 1999 4261). A titre d'exemples de décisions d'ordonnancement de la procédure la doctrine mentionne, en particulier, les décisions relatives à la consultation du dossier, à la suspension de la procédure, à la récusation, à l'assistance judiciaire gratuite ou encore des décisions en relation avec l'établissement des faits (KIESER, op. cit., note 18 ad art. 52). Est également mentionnée la décision sur la compétence au sens de l'art. 35 LPGa (Bernard ROLLI, La partie générale du droit des assurances sociales [Les points forts de la nouvelle LPGa], dans *In dubio*, 1/2003 pp. 27 et 41, note 49).

c) Il ressort de ce qui précède que la décision prise par l'autorité intimée de suspendre la procédure dans l'attente de la décision des Prud'hommes est une décision d'ordonnancement de la procédure et que, comme telle, elle peut être attaquée directement par la voie du recours administratif auprès du Tribunal de céans.

11. Le recourant s'oppose à la suspension de la procédure d'opposition et invoque à cet égard l'art. 29 LACI.
12. La question de savoir s'il existe des doutes sérieux constitue dès lors ici le critère décisif. Ces doutes existent notamment en cas de licenciement immédiat. Il ressort de cette disposition que si la caisse a de sérieux doutes que l'assuré ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité ou que ces prétentions soient satisfaites, elle verse l'indemnité de chômage. En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par elle.

Le but de cette disposition est explicité dans la Directive du Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO) dans le Bulletin MT/AC (2004/04 fiche 4/1). Il explique que la résiliation d'un contrat de travail ne va pas toujours sans heurts et qu'il n'est pas rare qu'elle soulève des questions complexes, notamment en liaison avec le licenciement immédiat, le non-respect des délais de congé et la prolongation des délais de congé pour cause de délais d'interdiction. Il peut arriver ainsi que l'assuré se voie refuser le droit à l'indemnité parce qu'il a encore droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation. Or la clarification de ce droit prend souvent plus de temps et l'assuré peut se retrouver en attendant dans une situation financière difficile. C'est pour prévenir ce genre de situations que le législateur a édicté l'art. 29 al. 1 LACI. Cette règle particulière est un élément important du filet de sécurité tendu entre la fin du rapport de travail et l'entrée au chômage. Elle garantit à la personne qui a perdu son emploi un revenu de remplacement dans la phase

intermédiaire et lui épargne les frais et le risque d'un procès contre son ancien employeur.

En l'occurrence, la caisse avait de sérieux doutes quant au droit même de l'assuré à une indemnité. Elle a précisément fait application de l'art. 29 al. 1 LACI et mis le recourant au bénéfice d'une indemnité en attendant le résultat de la procédure prud'homale.

Autre est la question de la suspension du droit pour faute grave.

13. Une suspension du droit à l'indemnité en liaison avec l'application de l'art. 29 al. 1 LACI est justifiée notamment lorsque la caisse a de sérieux doutes quant à l'existence d'un droit mais possède, après avoir entendu l'assuré, des indices sérieux laissant présumer qu'il est au chômage par sa propre faute. Elle applique alors l'art. 29 LACI et suspend en outre l'assuré de son droit à l'indemnité.
14. Ainsi, il ressort de la Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC) de janvier 2003 (C187 et C188) qu'en cas de licenciement avec effet immédiat, justifié ou non, il faut examiner si l'assuré est passible d'une sanction pour chômage fautif. Or, ainsi que le fait remarquer le recourant, les circonstances qui entourent ce genre de licenciement donnent souvent lieu à de longs procès afin de juger si l'assuré a d'éventuelles prétentions de salaire ou d'indemnisation à faire valoir à l'égard de son ancien employeur. Ce n'est qu'à l'issue du procès que la responsabilité de l'assuré dans son licenciement sera définitivement infirmée ou confirmée. Mais, à ce moment-là, le délai d'exécution de la sanction fixé à l'art. 30 al. 3 LACI risque d'être échu, ainsi que le fait valoir l'autorité intimée. En effet, selon cette disposition, l'exécution de la suspension du droit à l'indemnité est caduque six mois après le début du délai de suspension. C'est la raison pour laquelle la caisse doit donc immédiatement prononcer et exécuter une suspension pour chômage fautif si, après avoir entendu l'intéressé, elle a de sérieux indices quant à sa culpabilité. Si ce dernier recourt contre la suspension, la caisse demandera à l'instance de recours de suspendre la procédure jusqu'au terme du procès prud'homal. S'il s'avère à l'issue de la procédure de droit du travail que l'assuré n'était pas responsable de son licenciement, la suspension doit être annulée.
15. Comme on le voit, dans une telle situation, les directives du SECO à l'intention des caisses prescrivent une même manière de traiter le dossier, ce qui contredit l'argument du recourant selon lequel il serait victime d'une inégalité de traitement. Il confond en réalité deux notions : celle de droit à l'indemnité, lequel lui a été reconnu par la caisse en application de l'art. 29 LACI et celle de suspension de ce droit pour faute. Sur ce dernier point, c'est à raison que l'autorité intimée a décidé la suspension de la procédure d'opposition en attendant la décision des Prud'hommes. En effet, la question de la justification de cette suspension dépend de celle de la responsabilité de l'assuré dans son licenciement, laquelle fera

précisément l'objet de la procédure prud'homale. L'argument du recourant selon lequel cette procédure, de par l'identité de son employeur, prendra des longueurs particulières tombe à faux. En effet, l'autorité intimée, si elle doit investiguer la question de la responsabilité de l'assuré, sera confrontée aux mêmes difficultés que les Prud'hommes. Pour des raisons pratiques et d'économie de procédure, il se justifie par conséquent de suspendre la procédure d'opposition. Qui plus est, ainsi qu'on l'a vu, l'exécution de la sanction étant soumise à des délais de péremption, il n'est pas possible d'y renoncer dans l'attente du jugement.

16. Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à bon droit que l'autorité intimée a décidé de suspendre la procédure. Le recours est donc rejeté.

**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 ;
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 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:

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

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