RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3183/2005 **ATAS/966/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 8 novembre 2005

En la cause

Monsieur S_____, mais comparant par Maître Pascal TOURETTE en l'Etude duquel il élit domicile	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40 à Genève	intimée

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Maya CRAMER et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____ s'est inscrit le 28 septembre 2004 auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur de cette date au 27 septembre 2006.

   Il a indiqué à l'OCE avoir travaillé en dernier lieu du 1er janvier 1996 au 23 septembre 2004 au service de la société X_____SA en qualité de caissier à plein temps et à raison d'un salaire mensuel brut de 4'000 fr. Il avait été licencié le 23 septembre 2004 avec effet au même jour en raison de la faillite imminente de la société. L'employeur a confirmé les déclarations de l'intéressé et établi une attestation le 23 septembre 2004 certifiant le montant du salaire.

   Il appert d'un extrait de compte individuel de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION du 29 octobre 2004 que l'intéressé s'est acquitté de cotisations sur un revenu annuel brut de 48'000 fr. entre 1996 et 2003.

   La société X_____SA, ayant pour but l'exploitation d'un bureau de change et toutes opérations s'y rapportant, a été inscrite au registre du commerce le 20 avril 1976. Madame S_____, épouse de l'assuré en est l'administratrice-présidente et Madame S_____, sa fille, administratrice-secrétaire. Toutes deux sont titulaires de la signature individuelle. Par jugement du 15 novembre 2004, le Tribunal de première instance (ci-après TPI) a prononcé la faillite de la société. Celle-ci a été dissoute le 17 janvier 2005. La procédure de faillite a été clôturée pour défaut d'actifs le 5 avril 2005.

2. Par décision du 15 février 2005, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse), constatant que l'assuré n'avait pu prouver par justificatifs (comptes bancaires, postal ou relevés de caisse) le versement effectif des salaires, l'a informé que le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait rétroactivement pas lui être reconnu. Le 3 mars 2005, elle lui a réclamé le remboursement de la somme de 10'512 fr. 95, représentant les indemnités versées à tort du 28 septembre 2004 au 31 janvier 2005.

3. L'assuré a formé opposition à ces deux décisions le 14 mars 2005. Il a confirmé avoir perçu un salaire mensuel de 4'000 fr. depuis le 1er janvier 1996, sans toutefois pouvoir le prouver, puisqu'il le prélevait lui-même directement dans la caisse de l'entreprise. Il a produit un carnet sur lequel il écrivait les dépenses de la société, de mai 2001 à juillet 2003. Le salaire de 4'000 fr. y figure chaque mois. Il a par ailleurs précisé qu'il avait déclaré ce salaire à l'administration fiscale et à la caisse de compensation AVS. Les cotisations AVS ont été régulièrement payées jusqu'à fin avril 2003. La situation financière de la société s'étant détériorée, la

décision avait été prise de le licencier puis d'informer le TPI d'un surendettement manifeste.

4. Par décision incidente du 24 mars 2005, la caisse a suspendu l'instruction de la réclamation de l'intéressé contre la décision du 3 mars 2005 jusqu'à droit connu s'agissant de la première décision du 15 février 2005.

5. Par décision sur opposition du 19 juillet 2005, elle a confirmé la décision litigieuse, aux deux motifs suivants :

   - l'assuré était, lors de son inscription à l'OCE le 28 septembre 2004, le conjoint d'une personne occupant une fonction dirigeante au sein de la société qui l'employait,

   - il n'a pas pu prouver qu'il avait effectivement touché un salaire de 4'000 fr. par mois durant le délai-cadre de cotisations.

6. L'assuré a interjeté recours le 13 septembre 2005 contre ladite décision sur opposition. Il rappelle que, n'étant pas titulaire de la signature permettant d'engager la société, il ne disposait d'aucun pouvoir de décision ; il relève quoi qu'il en soit que la faillite de la société était sur le point d'être prononcée lorsqu'il avait été licencié. Il souligne également le fait qu'il a été salarié de cette entreprise depuis le 1er janvier 1996, que durant le délai-cadre de cotisations, il a travaillé plus longtemps que les douze mois requis, que le fait que certaines cotisations n'avaient pas été durant cette période versées par l'employeur à la caisse de compensation n'est pas déterminant pour l'application de l'art. 13 al. 1 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI).

7. Dans son préavis du 7 octobre 2005, la caisse admet que dès le 16 novembre 2004, soit le jour suivant le prononcé de la faillite, le recourant aurait pu prétendre à des indemnités de chômage, pour autant que les autres conditions soient remplies. Or, tel n'était pas le cas, de sorte qu'elle conclut au rejet du recours.

8. Entendu par le Tribunal de céans le 25 octobre 2005, le recourant a expliqué que :

   « Je travaillais pour la société en qualité de caissier de 07 h. à 19 h. et le dimanche matin. Les décisions étaient prises en commun par mon épouse, ma fille et moi-même. Nous avons repris cette société en 1996, je ne me souviens pas pour quelle raison je n'ai pas été inscrit au Registre du commerce. Nous étions actionnaires les trois, moi à raison d'une action je crois. (….) Le salaire a été fixé d'un commun accord entre nous. Je prenais le salaire dans la caisse de la société. Je ne déposais pas ce montant sur un compte bancaire. Je remplissais un carnet dans lequel j'indiquais le prélèvement de mon salaire. Je me suis arrêté en juillet 2003 parce que les

affaires allaient mal et je n'avais plus le moral. J'ai cependant continué à prendre mon salaire jusqu'en juin 2004 ».

L'assuré a par ailleurs précisé que son épouse n'avait jamais exercé d'activité lucrative.

Il a produit copie des décomptes finaux AVS-AI. Il en résulte que la CCGC a calculé le montant des cotisations paritaires dues par la société sur la base d'un salaire annuel de 48'000 fr. jusqu'à juin 2004. Elle s'est fondée sur les attestations de salaires 2003 du 6 mai 2004 et 2004 du 11 mars 2005.

La société s'est acquittée de 1'539 fr. pour 2003 et de 1'479 fr. pour 2004, de sorte qu'il restait à payer 4'905 fr. 10 pour 2003 (un arrangement de payer a été convenu le 17 juin 2004) et 1'682 fr. 60 pour 2004.

9. Sur 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. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (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. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

4. Le recours a été interjeté contre la décision sur opposition du 19 juillet 2005, laquelle a confirmé la décision du 15 février 2005. Il y a lieu de constater que par cette décision, la caisse a dans un premier temps nié rétroactivement le droit à l'assuré à l'indemnité de chômage du 28 septembre 2004 au 31 janvier 2005. Ce

n'est que par une décision distincte, celle du 3 mars 2005, qu'elle lui a réclamé le remboursement des prestations versées indûment durant cette période.

5. Se pose au préalable la question de savoir si le Tribunal doit entrer en matière sur le recours. En effet, il y a lieu de rappeler qu'a qualité pour recourir quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 59 LPGA).

6. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation (art. 49 al. 2 LPGA ; cf. aussi l'art. 25 al.2 en liaison avec l'art. 5 al. 1 let. bpa) 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 consid. 2.4).

7. 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 exposées ci-dessus – il ne faut pas l'interpréter de manière littérale mais, sous réserve de la protection de la bonne foi éventuelle, se fonder sur sa signification juridique concrète (ATF 120 V 497 consid. 1). En particulier, le Tribunal fédéral des assurances 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. Du moment qu'en l'occurrence elle ne satisfait pas à l'exigence de l'intérêt digne de protection cette « décision » n'était pas attaquable devant une autorité judiciaire cantonale (cf. consid. 3.2 et 3.3 non publiés de l'arrêt ATF 130 V 388).

8. Dans le domaine de l'assurance-chômage, le Tribunal fédéral des assurances a toutefois fait une réserve en ce qui concerne les décisions de constatation rendues par les autorités cantonales de chômage. Selon l'art. 85 al.1 let. e LACI, celles-ci statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, au sujet notamment du droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). A cet effet, elles statuent sous la forme d'une décision de constatation. Lorsqu'une telle décision est en force, la caisse de chômage est liée par les constatations de l'autorité cantonale au sujet de la réalisation ou de l'absence des conditions du droit à l'indemnité de chômage. Mais cette règle n'est valable que dans la mesure où la caisse doit examiner, si et le cas échéant pour quelle période, l'une des conditions matérielles du droit à prestations est réalisée dans un cas concret. Trois situations peuvent dès lors se présenter. Premièrement, si les conditions du droit

sont réalisées, la caisse doit allouer ses prestations, le cas échéant rétroactivement, et elle ne peut pas réclamer des prestations déjà allouées. Dans l'éventualité, deuxièmement, où la réalisation de l'une des conditions du droit est niée, la caisse qui n'a pas encore alloué de prestations ne peut en octroyer pour la période en cause. Troisièmement il se peut que l'autorité cantonale, appelée à statuer sur un cas soumis à examen par la caisse, constate que les conditions du droit à des indemnités de chômage – déjà allouées par la caisse dans un cas concret – n'étaient pas réalisées. Dans ce cas, les prestations en cause apparaissent comme indûment perçues et la caisse est tenue en vertu de l'art. 95 al. 1 LACI, en liaison avec l'art. 25 LPGA, d'en exiger la restitution, pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées (ATF 129 V 110 c onsid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 46 consid. 2b, 400 consid. 2b/aa, 122 V 368 consid. 3 et les arrêts cités). Or, ce dernier point n'a pas à être examiné ni tranché par l'autorité cantonale appelée à se prononcer sur un cas soumis à examen puisque sa tâche consiste exclusivement à trancher sur le point de savoir – le cas échéant rétroactivement – si les conditions du droit à prestations sont réalisées. Si l'autorité cantonale constate que tel n'est pas le cas, il appartient alors à la caisse d'examiner la question de la restitution sous l'angle de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 126 V 401 consid. 2b/cc).

9. Ainsi, dans un ATFA du 12 octobre 2005 en la cause C 183/04, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la décision « prise par l'autorité cantonale s'agissant d'indemnités de chômage déjà allouées à un assuré avait un caractère purement constatatoire puisqu'elle ne modifiait pas avec un effet obligatoire et directement contraignant les droits de l'assuré aux prestations déjà accordées. Le TFA a estimé que si elle entendait modifier la situation juridique découlant de la décision (matérielle) d'octroi de l'indemnité de chômage, la caisse avait la faculté de réclamer la restitution des prestations déjà perçues aux conditions qui président à la révocation de décisions administratives entrées en force, raison pour laquelle la décision sur opposition par laquelle il avait été statué sur les conditions du droit à des prestations déjà allouées ne satisfaisait pas à l'exigence de l'intérêt digne de protection. En conséquence, l'autorité judiciaire de première instance ne devait pas entrer en matière sur le recours formé contre cette décision.

10. Au vu de ce qui précède, force est de constater que dans le cas d'espèce, la caisse n'avait aucune raison de dissocier le droit du recourant à des indemnités de chômage du 28 septembre 2004 au 31 janvier 2005 et la restitution des indemnités déjà versées pour la même période. Elle n'avait aucun intérêt digne de protection à rendre une décision en constatation séparée sur ce point.

La caisse a demandé, par décision du 3 mars 2005, la restitution de 10'512 fr. 95. Cette décision repose sur les constatations contenues dans la décision du 15 février 2005, au sujet du gain assuré pendant le délai-cadre d'indemnisation du 28 septembre 2004 au 28 septembre 2006. C'est la raison pour laquelle la

réclamation formée par le recourant contre la décision de restitution a été suspendue dans l'attente que la décision du 15 février 2005 devienne définitive.

Le TFA considère que la juridiction de première instance qui, au terme de son examen, nie tout intérêt digne de protection à la constatation immédiate du droit de l'assuré à l'indemnité, doit annuler la décision de constatation rendue à tort (ATF 129 V 289, cons. 3.3 ; ATF non publié C 81/01, du 11 octobre 2002, cons. 1.3).

11. Partant, il y a lieu d'annuler la décision sur opposition rendue par le groupe réclamations de l'OCE en date du 19 juillet 2005, ainsi que la décision de la caisse du 15 février 2005. Il sied toutefois de souligner que l'annulation de ces décisions n'a pas pour effet de « confirmer » le droit du recourant à l'indemnité de chômage. En effet, la décision de restitution du 3 mars 2005 repose sur les constatations contenues dans la décision du 15 février 2005. C'est dans le cadre de la procédure de réclamation dirigée contre la décision de remboursement, actuellement suspendue, que la question du droit de l'assuré à l'indemnité de chômage pendant les périodes considérées et celle relative à la restitution des prestations perçues à tort ou perçues en trop devront être tranchées.

12. Le recours est en conséquence admis dans le sens des considérants qui précèdent. La décision sur opposition du 19 juillet 2005 et celle de la caisse du 15 février 2005 sont annulées.

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 dans le sens des considérants.

3. Annule les décisions des 15 février 2005 et 19 juillet 2005.

4. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 800 fr. à titre de dépens.

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	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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