

Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Tribunale federale delle assicurazioni  
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales  
du Tribunal fédéral

Cause  
{T 7}  
C 20/05

Arrêt du 29 juin 2005  
Ire Chambre

Composition  
MM. et Mme les Juges Borella, Président, Leuzinger, Ferrari, Lustenberger et Frésard. Greffière :  
Mme Berset

Parties  
V.\_\_\_\_\_, recourant, représenté par Me Pascal Pétroz, avocat, avenue de Champel 24, 1211  
Genève 12,

contre

Office cantonal de l'emploi, groupe réclamations, rue des Glacis-de Rive 6, 1207 Genève, intimé,

Instance précédente  
Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève, Genève

(Jugement du 28 août 2003)

Faits:

A.

La société M.\_\_\_\_\_ à L.\_\_\_\_\_ a constitué une succursale à G.\_\_\_\_\_, inscrite au registre  
du commerce le 7 novembre 1994, dont le but était l'exploitation d'un service de renseignements par  
téléphone et la commercialisation de tous produits de consommation. Celle-ci disposait de bureaux à  
G.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_. V.\_\_\_\_\_ en était le directeur avec signature individuelle.

Son contrat de travail ayant été résilié pour le 31 mars 1999, V.\_\_\_\_\_ s'est annoncé à l'Office  
cantonal de l'emploi. Il a perçu des indemnités de chômage du 1er avril 1999 au 5 janvier 2001 de la  
Caisse cantonale genevoise de compensation.

A la suite d'un rapport d'enquête de l'Office de la main d'oeuvre étrangère du 14 mars 2002, la caisse  
a soumis le dossier de l'assuré à la Section assurance-chômage de l'Office cantonal de l'emploi (ci-  
après la SACH) pour examen de son aptitude au placement. Par décision du 15 novembre 2002, la  
SACH a nié le droit de V.\_\_\_\_\_ à des prestations de chômage pour la période du 1er avril 1999  
au 5 janvier 2001. Saisi d'un recours, le Groupe réclamations de l'Office cantonal de l'emploi,  
première instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, a débouté l'intéressé par  
décision du 16 avril 2003.

B.

Par jugement du 28 août 2003, notifié le 10 décembre 2004 seulement aux parties, la Commission  
cantonale genevoise de recours en matière d'assurance-chômage a rejeté le recours formé contre la  
décision du 16 avril 2003.

C.

V.\_\_\_\_\_ interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il requiert l'annulation.  
Sous suite de frais et dépens, il conclut en substance à la confirmation de son droit aux prestations  
de chômage pour la période litigieuse, donnant acte au surplus de son engagement à restituer la  
somme de 8'148 fr. 95.

L'Office cantonal de l'emploi a renoncé à se déterminer, de même que le Secrétariat d'Etat à  
l'économie.

Considérant en droit:

1.

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage. Conformément au principe général de droit transitoire, selon lequel - même en cas de changement des bases légales - les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, le cas d'espèce reste régi par les règles applicables jusqu'au 31 décembre 2002, le Tribunal fédéral des assurances appréciant la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où a été rendue la décision administrative litigieuse du 15 novembre 2002 de refus des prestations de chômage (ATF 130 V 445 et les références; cf. aussi ATF 130 V 329). Pour les mêmes motifs, les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 également (RO 2003 1828), ne sont pas non plus applicables.

2.

2.1 Contrairement à ce qu'a retenu la juridiction cantonale (consid. 2 de la décision entreprise), le litige ne porte pas sur le bien-fondé de la révocation de la décision d'octroi d'indemnités de chômage mais sur l'aptitude au placement du recourant pendant le délai-cadre.

En effet, aux termes de l'art. 85 al. 1 let. e LACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), les autorités cantonales statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, concernant le droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). Le cas échéant, elles sont appelées à se prononcer sur l'aptitude au placement de l'assuré, qui est l'une des conditions du droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. f LACI). A cet effet, elles statuent sous la forme d'une décision de constatation.

Selon la jurisprudence (ATF 126 V 402 consid. 2b/cc; arrêt S. du 19 septembre 2000, C 73/00), lorsque 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 - ne sont pas réalisées, les prestations en cause apparaissent comme indûment perçues et la caisse sera tenue, aux termes de l'art. 95 al. 1 LACI, d'en exiger la restitution, pour autant que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale soient réalisées. Mais 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 le point de savoir - le cas échéant rétroactivement - si les conditions du droit à prestation sont réalisées. Si l'autorité cantonale constate que tel n'est pas le cas, il appartient encore à la caisse d'examiner la question de la restitution sous l'angle de la reconsidération ou de la révision procédurale.

2.2 D'après la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens des art. 5 al. 1 let. b et 25 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 et les références).

En dehors de ces cas où les conditions d'une décision en constatation sont données selon les art. 5 et 25 PA, la loi peut, en dérogation à cette disposition, prévoir spécialement qu'une autorité administrative est compétente pour rendre une décision constatatoire portant sur certains aspects d'un rapport de droit. C'est particulièrement le cas dans la LACI où les compétences pour statuer sur le droit aux prestations sont réparties entre plusieurs autorités (cf. art. 81 et 85 LACI; Meyer-Blaser, *Der Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413*, p. 30, in: Schaffhauser/Schlauri, *Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis*, St-Gall 2001). Ainsi, dans cette situation, la procédure en cas de doute doit être admise aussi bien lorsque l'assuré n'a pas encore touché de prestations que lorsqu'il les perçoit encore, voire a fini de les percevoir.

En l'occurrence, en présence d'un cas douteux sur le droit de l'assuré à l'indemnité, la caisse a soumis celui-ci à l'autorité cantonale pour décision (art. 81 al. 2 let. a LACI). L'office intimé (section assurance-chômage) était ainsi compétent pour rendre une décision de constatation sur la période d'indemnisation écoulée (cf. ATF 124 V 387 consid. 4d; consid. 1.3 de l'arrêt P. du 11 octobre 2002 [C 81/01]).

3.

3.1 La juridiction cantonale a rappelé correctement les règles applicables en matière de droit à la prestation du travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur (ATF 123 V 234) et

de l'aptitude au placement. On peut sur ce point renvoyer au jugement entrepris.

3.2 Au vu des éléments d'enquête de l'Office de la main d'œuvre étrangère du 14 mars 2002, les premiers juges ont confirmé la décision de la SACH niant le droit du recourant à des indemnités de chômage. Ils ont retenu en particulier que ce dernier avait continué à exercer une activité après son licenciement aussi bien pour M. \_\_\_\_\_ que pour V. \_\_\_\_\_.

Pour sa part et comme en première instance, le recourant conteste avoir déployé une quelconque activité au service de M. \_\_\_\_\_ et soutient toujours remplir les conditions de l'aptitude au placement.

3.3 En fait, il convient de retenir que V. \_\_\_\_\_ a été inscrit comme directeur avec signature individuelle de la succursale en Suisse de M. \_\_\_\_\_, en même temps qu'il était employé de cette société au bénéfice d'un contrat de travail. Après son licenciement, il a conservé sa position dans la société, notamment la signature individuelle et continué à se présenter comme directeur de l'entreprise. L'inscription au registre du commerce a d'ailleurs subsisté comme telle jusqu'à ce jour. Si les bureaux de la société à G. \_\_\_\_\_ ont été effectivement fermés le 30 septembre 1998, vraisemblablement dans l'idée de diminuer les frais, celle-ci avait aussi loué dans l'intervalle, soit dès novembre 1997, un appartement en duplex à Z. \_\_\_\_\_. Or, selon les constatations des agents enquêteurs, ces locaux étaient toujours utilisés en 2001 à des seules fins commerciales aussi bien pour le compte de la société locatrice que pour V. \_\_\_\_\_. Cette société apparemment établie à S. \_\_\_\_\_ est administrée en Suisse par le recourant; elle a repris dans le courant de l'année 1999 une partie des activités de M. \_\_\_\_\_ dans le domaine de l'offre sur internet et moyennant paiement de sites à but ludiques ou érotiques. Différents sites commerciaux avaient été ouverts à cet effet, ainsi que des lignes téléphoniques du numéro 156 et un système de visio conférence pour adultes. De l'interrogatoire de V. \_\_\_\_\_ par le juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne le 9 août 2001 ainsi que des pièces déposées dans la procédure pénale, il appert à l'évidence que les activités de ces deux sociétés, partiellement imbriquées, qui poursuivaient au demeurant des buts identiques ont continué en 1999 et 2000 sous la direction du recourant, même si les résultats financiers n'ont apparemment pas atteints les objectifs souhaités.

3.4 Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'administration et les premiers juges ont nié le droit du recourant à la prestation. En effet, d'une part, celui-ci a continué à travailler pour le compte de M. \_\_\_\_\_, parallèlement à son activité pour V. \_\_\_\_\_, tout en cherchant à développer l'affaire et à en améliorer le fonctionnement. Or, dans ces cas, selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI applicable mutatis mutandis pour fixer le droit à l'indemnité de chômage et la jurisprudence (ATF 123 V 236 consid. 7), n'ont pas droit à l'indemnité de chômage les travailleurs qui jouissent d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur et continuent à influencer les décisions de l'employeur d'une manière déterminante. Cela est valable même dans les cas où ils ont été formellement licenciés dès lors qu'ils n'ont pas rompu tout lien avec la société, la perte de travail n'étant alors pas contrôlable.

D'autre part, au degré de vraisemblance prépondérant requis, les conditions de l'aptitude au placement ne peuvent pas être considérées comme remplies en raison de l'activité lucrative exercée et faute, par conséquent, de disponibilité suffisante.

4.

Même dans l'hypothèse où l'on admettrait que la demande du recourant tendant à ce qu'il lui soit donné acte du fait qu'il s'engage à restituer la somme de 8'148 fr. 95 satisfait aux conditions de recevabilité d'une action en constatation (cf. art. 103 let. a OJ; ATF 119 V 13 consid. 2a), cette conclusion devrait être déclarée irrecevable, faute d'entrer dans l'objet du litige tel qu'il est circonscrit au consid. 2.1 ci-dessus in initio.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est rejeté.

2.

Il n'est pas perçu de frais de justice.

3.

Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève, à l'Office cantonal de l'emploi, section assurance-chômage, et au Secrétariat d'Etat à l'économie.

Lucerne, le 29 juin 2005

Au nom du Tribunal fédéral des assurances

Le Président de la Ire Chambre: La Greffière: