RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2164/2003 **ATAS/129/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES
Sur mesures provisionnelles

2ème chambre

du mardi 12 mars 2004

En la cause

Monsieur B_____, mais comparant par Me Philip GRANT, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile — Recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service des mesures cantonales, rue Alexandre-Gavrard 28 à Carouge — Intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente.

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après le recourant), né en 1946, a été affilié à une caisse de compensation en qualité d'indépendant à partir du mois d'août 1987, en qualité de consultant dans l'audition et la formation.

2. A sa demande le recourant a été mis au bénéfice d'une mesure cantonale pour indépendants sous la forme d'un emploi temporaire, du 18 mars 1998 au 17 septembre 1998. Dès le 18 septembre 1998, il s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un délai-cadre a été ouvert en sa faveur du 18 septembre 1998 au 17 septembre 2000.

3. Après avoir cherché en vain du travail, il a repris peu ou prou son activité d'indépendant. Mais, en janvier 2002, il a été victime d'un accident qui a eu pour conséquence la perte quasi totale de sa clientèle. Il a été mis au bénéfice de prestations de l'Hospice général entre le mois d'octobre et le mois de décembre 2002.

4. Au mois de mars 2003 le recourant a formulé une nouvelle demande d'emploi temporaire cantonal.

5. Par décision du 15 juillet 2003, le Service des mesures cantonales l'a informé qu'il n'était pas possible de lui accorder une mesure cantonale, au motif qu'il n'avait jamais renoncé à son statut d'indépendant.

6. Suite à l'opposition formée le 30 juillet 2003, l'OCE a rendu une décision sur opposition en date du 9 octobre 2003. Constatant que le recourant s'était réinscrit en qualité d'indépendant entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2002, l'OCE constatait que le recourant n'avait jamais renoncé définitivement à son statut d'indépendant, qu'il avait effectivement exercé son activité durant cette période et qu'en conséquence il ne remplissait pas la condition prévue par l'article 44 alinéa 1 de la loi genevoise sur le chômage, relative à l'emploi temporaire pour les indépendants. L'opposition a donc été rejetée.

7. Dans son recours du 10 novembre 2003, le recourant conclut au fond à l'annulation de la décision et à ce qu'il soit dit qu'il remplit les conditions pour se voir proposer un emploi temporaire. Il prend également des conclusions sur mesures provisionnelles, en demandant qu'il soit constaté qu'il remplit les conditions pour se voir proposer un emploi temporaire; il explique qu'il est exact qu'il a tenté de reprendre son activité d'indépendant mais cela s'est avéré impossible en raison de l'accident dont il a été victime, qui lui a fait perdre la quasi-totalité de son activité. Par ailleurs s'il est exact qu'il a pu effectuer quelques mandats, et facturer quelques interventions, il n'a été inscrit en qualité d'indépendant du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2001 que rétroactivement, c'est-à-dire en date du 5 juin 2003, et parce que

le Service des mesures cantonales lui avait indiqué que la condition à l'octroi de l'emploi temporaire était l'affiliation pendant deux ans à titre d'indépendant. La situation catastrophique de son activité indépendante est d'ailleurs confirmée par le fait qu'il a obtenu l'aide de l'Hospice général à partir du mois d'octobre 2002. L'Hospice général a d'ailleurs continué de le soutenir financièrement depuis sa demande de mesure cantonale, reconnaissant par-là qu'il avait bel et bien abandonné son statut d'indépendant. Au fond, il considère que les conditions de l'article 44 de la loi genevoise sur le chômage sont remplies en l'espèce. Sur mesures provisionnelles, il considère que *prima facie* il apparaît qu'il a bien mis un terme à son statut d'indépendant de sorte que les conditions apparaissent comme étant remplies. Vu les chances de succès sur le fond, les mesures provisionnelles doivent être ordonnées selon lui, et l'emploi temporaire accordé durant l'instruction du recours déjà.

8. L'OCE ne s'est pas déterminé sur le recours, mais a transmis les pièces par pli du 7 janvier 2003.

9. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 13 janvier 2004. A cette occasion, l'OCE a expliqué qu'à son sens, le but de la loi genevoise n'était pas de permettre un éternel recommencement entre le statut de salarié et celui d'indépendant, raison pour laquelle cette mesure devait être rejetée car elle avait déjà été accordée une fois au recourant. Celui-ci a expliqué, pour sa part, avoir tout fait pour retrouver une capacité de gain, et en l'absence de travail, essayé de reprendre son activité d'indépendant. Il conteste cependant avoir axé ses recherches d'emploi uniquement sur son statut d'indépendant et produit l'ensemble de ses recherches. Il rappelle que sur une période de 6 ans, il n'a exercé concrètement son activité d'indépendant que pendant une année. Sur question, il a indiqué que si la cause pouvait être gardée à juger sur le fond dans un court délai, il renonçait à sa demande de mesures provisionnelles. Sur quoi, après fixation d'un délai pour écritures complémentaires, la cause devait être gardée à juger.

10. Les parties ont produit des écritures complémentaires le 26 janvier 2004 pour l'OCE, et le 28 janvier 2004 pour le recourant. Il sera revenu ultérieurement sur leur contenu.

11. Le Tribunal a informé les parties que l'affaire présentait une question de principe, qui devait être tranchée par le plenum de la juridiction en application de l'article 56u LOJ, ceci par courrier du 4 février 2004.

    Cependant, en raison de l'annulation de l'élection des assesseurs du Tribunal de céans, le Tribunal a informé les parties qu'aucun plenum juridique ne pouvait être tenu pour l'instant, et a interpellé le recourant sur la question de savoir s'il souhaitait reprendre ses conclusions en mesures provisionnelles.

12. Par correspondance du 28 janvier 2004, le recourant a indiqué que tel était bien le cas. Il se réfère à ses précédentes écritures. Il conteste l'interprétation de l'OCE selon laquelle le législateur aurait souhaité que cette prestation cantonale ne soit octroyée qu'une fois, et constate qu'une telle interprétation n'est pas confirmée par les travaux préparatoires et les débats parlementaires. Comme les conditions d'octroi de cette mesure sont prima *facie remplies*, et vu l'urgence de sa situation, il considère que cette mesure doit lui être accordée à titre de mesures provisionnelles.

13. Par courrier du 4 mars 2004, le Tribunal a informé les parties que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur le chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. Interjeté dans les délais et formes légaux, le recours est recevable (art. 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage).

3. Aux termes de l'article 21 de la loi sur la procédure administrative genevoise, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés. Ces mesures sont ordonnées par le Président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative.

   La loi ne prévoit pas les conditions dans lesquelles des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées.

   Il faut se référer pour cela à la doctrine et à la jurisprudence (cf. Pierre MOOR, droit administratif tomme 2, 2ème édition STAMPFLI p. 269 et ss et jurisprudence citée).

   .Les mesures provisionnelles sont de deux catégories. D'une part, les mesures conservatoires qui visent à garantir que l'état de fait ou de droit qui est à la base de la décision prise ou à prendre ne se modifie pas pendant la litispendance; d'autre part les mesures formatrices qui régissent le contenu d'une relation juridique de manière temporaire, en attendant qu'elle reçoive un régime définitif dans la décision finale.

   Les conditions à remplir pour l'octroi de mesures provisionnelles sont au nombre de trois :

a. L'existence de motifs objectivement fondés justifiant l'intervention. Il faut voir ici l'importance de l'intérêt vraisemblablement compromis par le maintien pur et simple de la situation, la gravité possible des effets de l'absence d'intervention provisoire, l'urgence qu'il y a à agir. A noter que la pratique n'exige pas une atteinte irréversible.

b. Le pronostic relatif à l'issue de la cause doit être favorable. Le recours ne doit pas apparaître de prime abord comme dépourvu de chance de succès.

c. La mesure provisionnelle ne doit pas préjuger de la décision finale en créant par son propre effet une situation irréversible qui rende vaine l'issue du recours.

4. Vu ce qui précède, force est de constater que le Tribunal ne peut ordonner l'octroide la mesure cantonale au recourant par le biais de mesures provisionnelles.

En effet, d'une part il n'y a pas de véritable urgence puisque le recourant est au bénéfice de prestations de l'Hospice général, et que part, le fait de devoir patienter jusqu'à la décision au fond ne rend pas la mesure impossible à obtenir, pour des raisons par exemple de délai. Par ailleurs, il est vrai que le recours n'est pas de prime abord dépourvu de chance de succès. Cependant, comme il s'agit d'une question de principe qui doit être tranché par le plenum, il n'est en réalité pas possible de faire de pronostic. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs indiqué que si le contenu de la décision finale à prendre, pose des questions complexes et nouvelles, le juge doit faire preuve de retenue dans l'octroi des mesures formatrices (ATF 127 partie 2 p. 132 ss notamment 141). Enfin, force est de constater qu'en l'occurrence juger sur mesures provisionnelles reviendrait en l'espèce à vider de son sens le recours au fond, les deux objets se confondant totalement.

Il faut garder à l'esprit qu'une mesure provisionnelle tend à sauvegarder un intérêt protégé par la loi et qui paraît menacé. Tel n'est pas le cas en espèce, dans la mesure où la situation du recourant ne sera pas péjorée par le fait qu'il doive attendre une solution au fond.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant sur mesures provisionnelles

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Rejette la demande de mesures provisionnelles.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Réserve la suite de la procédure.

Le greffier:	La présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe