



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2164/2003

ATAS/475/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du mardi 15 juin 2004

En la cause

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

contre

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

intimé

**Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine
STECK, juges.**

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.
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 1^{er} 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 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2002 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 à 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. Elles ont persisté dans leurs conclusions.
11. Par arrêt sur mesures provisionnelles du 12 mars 2004, le Tribunal a rejeté la demande, constatant que les conditions pour l'octroi de mesures provisionnelles n'étaient pas remplies.
12. Par courrier du 26 mai 2004, le Tribunal a informé les parties que la cause était gardée à juger sur le fond.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les

commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire a été modifiée et a institué dès le 1^{er} 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.

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

4. La loi genevoise institue pour les chômeurs des prestations complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale (art. 1 let. b). Ces prestations complémentaires sont les prestations financières (indemnités et allocation de retour en emploi), le stage professionnel de réinsertion, et l'emploi temporaire (art. 7). Ce dernier est régi par le chapitre 5 de la loi , aux art. 39 et ss. La section 1 prévoit les

dispositions générales, en particulier les conditions à remplir pour bénéficier de l'emploi temporaire et les conditions de cet emploi, la section 2 définit le chômeur en fin de droit et la durée de l'emploi temporaire, et la section 3 traite des indépendants, aux art. 44 et 45.

Ces articles prévoient ce qui suit :

Art. 44 Conditions et définition

¹ Peuvent bénéficier de l'emploi temporaire les indépendants ayant renoncé à leur statut, aptes au placement et disponibles pour une activité salariée.

² Sont réputées indépendantes les personnes qui, au cours de deux années précédant la demande d'emploi temporaire, ont exercé une activité lucrative indépendante, dont en dernier lieu de façon prépondérante sur le territoire genevois. Elles doivent, en sus, être en mesure de justifier pour la même période, de leur affiliation en qualité de travailleur indépendant à une caisse de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants fédérale (AVS) ou à un système de sécurité sociale analogue d'un pays de la Communauté européenne ou de l'Association européenne de libre-échange.

Art. 45 Durée

Les indépendants remplissant les conditions des articles 41 et 44 peuvent bénéficier d'un emploi temporaire pour une durée de 6 mois au maximum.

Ainsi les conditions à remplir sont a) être indépendant, b) avoir renoncé à ce statut, c) être apte au placement, et d) être disponible pour une activité salariée.

Le Tribunal constate que le recourant remplit ces conditions, et que seules les deux premières font l'objet d'une discussion entre les parties. S'agissant du statut d'indépendant tel que défini à l'al. 2, il ressort du dossier et de l'instruction de la cause que le recourant a tenté de reprendre son activité d'indépendant mais sans succès. Il a été inscrit en qualité d'indépendant du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2002, soit au cours des deux ans précédant la demande. S'agissant de la renonciation au statut, il apparaît que tel est bien le cas, puisque le recourant ayant perdu sa clientèle suite à un accident, il s'est désinscrit de la caisse de compensation où il était affilié en tant qu'indépendant. Entre 1998 et 2000, il a fait des recherches d'emplois en qualité de directeur, conseiller, comptable, responsable achats, chef du personnel, de sorte que la critique de l'OCE selon laquelle il n'aurait jamais voulu quitter son statut d'indépendant n'est pas fondée. On ne peut d'ailleurs reprocher au recourant d'avoir tenté de reprendre son activité, car tant la loi fédérale que la loi cantonale font obligation aux chômeurs, sous peine de refus de prestations, de tout faire pour trouver du travail et ne pas avoir à demander d'indemnités. En cela le recourant a fait ce qui était exigible de lui, après avoir épuisé son droit une première fois sans avoir pu se réinsérer de façon durable.

L'OCE objecte qu'un deuxième placement cantonal ne serait pas conforme à la loi, et qu'un éternel recommencement entre salarié et indépendant n'est pas voulu par le législateur et pas souhaitable. Le Tribunal est d'avis que la question du placement doit être tranchée cas par cas, et qu'il n'y a pas lieu de tirer ici une règle générale.

Comme nous l'avons vu, les conditions prévues par la loi sont remplies ici. La loi ne prévoit pas l'unicité de cette mesure. Or, une règle claire n'a pas à être interprétée. A cela s'ajoute que les craintes de l'OCE relatives à l'éternel recommencement trouveraient, cas échéant, leur solution dans la réserve de l'abus de droit. En l'espèce, l'octroi d'une deuxième mesure cantonale de placement sur une période de 6 ans (1998-2003) n'a rien d'abusif.

5. En conclusion, le recours sera admis et l'OCE invité à mettre le recourant sans tarder au bénéfice de l'art. 44 de la loi genevoise.

6. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens qui seront fixés, vu l'ensemble de la procédure y compris celle en mesures provisionnelles, et les développements juridiques très complets, à 2'500 fr.

**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.
3. En conséquence, annule les décisions de l'OCE des 15 juillet et 9 octobre 2003.
4. Invite l'OCE à rendre une nouvelle décision au sens des considérants.
5. Condamne l'OCE à verser au recourant une indemnité de 2'500 fr.

Le greffier:

Pierre RIES

La présidente :

Isabelle DUBOIS

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