RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1596/2020 **ATAS/482/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 mai 2021

3ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à AIRE-LA-VILLE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jean-Philippe FERRERO — recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sis rue de Montbrillant 40, GENÈVE — intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Claudiane CORTHAY et Michael BIOT, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née en 1977, a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter du 17 octobre 2019, en indiquant être disponible pour un taux d'activité de 100%.

   Dans son formulaire de demande, elle a dit avoir travaillé à l'administration fiscale cantonale (AFC) de janvier 2000 à novembre 2008, date à laquelle elle a démissionné pour s'occuper de ses enfants. Elle n'avait plus travaillé depuis lors. Elle précisait demander les prestations de l'assurance-chômage suite à sa séparation, qui remontait au 30 septembre 2017.

2. Dans un certificat du 4 novembre 2019, le docteur B_____, médecin traitant de l'assurée, a indiqué la suivre depuis plusieurs années. Sa patiente avait souffert d'une importante surcharge psychologique depuis 2016 en raison de problèmes de couple ; il avait dû la mettre au bénéfice d'un traitement médicamenteux. Début octobre 2017, elle s'était séparée de son conjoint, ce qui avait eu pour conséquence des problèmes d'ordre financier qui étaient venus s'ajouter à sa souffrance psychologique.

   Entre fin octobre 2017 et mi-octobre 2019, il ne l'avait pas revue, l'assurée n'ayant plus la possibilité de le consulter en raison de ses difficultés financières. Néanmoins, sa souffrance psychique tellement importante et sa description de sa situation personnelle durant les deux dernières années lui permettaient de conclure que sa patiente était dans l'impossibilité totale d'exercer la moindre activité professionnelle, en tout cas depuis octobre 2017. Cependant, désormais, la situation de l'assurée évoluait favorablement, tant sur le plan physique que psychique, de sorte qu'elle lui paraissait apte à reprendre une activité professionnelle.

3. Le 21 janvier 2020, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la CCGC) a demandé à l'assurée de lui fournir une copie de tous ses « titres d'études » ainsi qu'un certificat médical indiquant le taux et les dates exactes des périodes d'incapacité de travail.

4. Par courrier du 30 janvier 2020, l'assurée a indiqué ne pas avoir de titres d'études. Pour le reste, elle rappelait avoir d'ores et déjà produit le certificat du Dr B_____, suffisant à ses yeux pour attester d'une totale incapacité de travail d'octobre 2017 au 15 octobre 2019. Elle ne demandait que quatre mois de prestations de chômage, jusqu'au 17 février 2020.

5. Par décision du 14 février 2020, la CCGC a rejeté la demande d'indemnisation de l'assurée au motif que cette dernière ne justifiait d'aucune période de cotisation durant les deux années précédant sa demande.

Le Dr B_____ reconnaissait n'avoir pas vu l'assurée durant la période considérée (d'octobre 2017 au 15 octobre 2019), de sorte que l'incapacité qu'il prétendait néanmoins attester ne pouvait être prise en compte.

L'assurée n'invoquait par ailleurs aucun autre motif de libération de l'obligation de cotiser.

6. Le 9 mars 2020, l'assurée s'est opposée à cette décision.

Elle a souligné que le certificat du Dr B_____ avait été considéré comme probant et lui avait permis d'obtenir gain de cause dans le cadre de la procédure qui l'avait opposée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), lequel avait, par décision du 6 novembre 2019, suspendu son droit à l'indemnité pour une durée de douze jours pour absence de recherches d'emploi durant la période précédant son inscription au chômage. Par décision sur opposition du 3 mars 2020, l'OCE avait admis sa totale incapacité de travail d'octobre 2017 au 15 octobre 2019 et annulé la sanction prononcée à son encontre.

7. Par décision du 7 mai 2020, la CCGC a rejeté l'opposition.

Quand bien même l'OCE avait admis une période d'incapacité de travail d'octobre 2017 à octobre 2019, la caisse estimait ne pouvoir considérer cette période comme valant motif de libération de l'obligation de cotiser, dès lors que le médecin traitant avait admis n'avoir pas revu sa patiente depuis octobre 2017.

8. Par acte du 8 juin 2020, l'assurée a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant à ce que lui soit reconnu le droit aux indemnités de chômage dès le 17 octobre 2019.

Elle s'étonne des positions contradictoires adoptées par la CCGC et l'OCE et considère qu'une telle façon de faire n'est ni cohérente, ni logique.

9. Invitée à se déterminer, l'intimée dans sa réponse du 6 juillet 2020, a conclu au rejet du recours.

Elle rappelle que, dans sa demande d'indemnités du 22 octobre 2019, la recourante a répondu par la négative à la question de savoir si le fait qu'elle n'ait pas été partie à un rapport de travail pendant plus de douze mois était imputable à une maladie.

L'intimée ajoute qu'elle n'est pas liée par les décisions de l'OCE qui applique ses propres critères. Quoi qu'il en soit, elle fait remarquer que si l'OCE a annulé la sanction, c'est non seulement en raison du certificat médical douteux, mais aussi parce que l'assurée avait démontré avoir effectué cinq postulations entre le 1er et le 15 octobre 2019. Ses recherches n'étaient donc pas nulles durant cette période, contrairement à ce que l'OCE avait retenu dans sa première décision.

Enfin, l'intimée répète que ce certificat ne saurait être considéré comme probant dès lors que le médecin qui l'a rédigé n'a pas suivi l'assurée durant la période de référence, c'est-à-dire durant les deux ans précédant son inscription. Le médecin

n'a pu le rédiger qu'en se fiant aux seules déclarations de sa patiente, ce qui n'est pas suffisant pour lui reconnaître pleine valeur probante.

10. Le 7 août 2020, la recourante a persisté dans ses conclusions.

    Elle maintient que la décision sur opposition de l'OCE a admis expressément l'existence d'une incapacité totale de travail d'octobre 2017 à octobre 2019 et que c'est la seule et unique raison pour laquelle elle a obtenu gain de cause.

11. Le 13 août 2020, l'intimée a également persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 59 et 60ss LPGA).

3. Le litige porte sur le droit de la recourante aux indemnités de chômage à compter du 17 octobre 2019 ; en particulier, il convient de déterminer si elle peut être libérée de la période de cotisation préalable à son inscription au chômage en raison d'une éventuelle incapacité de travail.

4. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g).

   Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

5. a. En vertu de l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

Selon l'art. 13 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3) a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisations, remplit les conditions relatives à la période de cotisation (al. 1). Compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (al. 2 let. c).

Aux termes de l'art. 14 al. 1 LACI, sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, notamment en raison de maladie (art. 3 LPGA), accident (art. 4 LPGA) ou maternité (art. 5 LPGA), à condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b).

b. Il doit exister un lien de causalité entre les motifs de libération énumérés à l'art. 14 al. 1 LACI et l'absence d'une durée minimale de cotisation (ATF 131 V 279 consid. 2.4 ; ATF 125 V 123 consid. 2). La preuve stricte de la causalité, dans une acception scientifique, ne doit pas être exigée ; l'existence d'un lien de causalité doit déjà être admise lorsqu'il apparaît crédible et concevable que l'une des circonstances énumérées à l'art. 14 al. 1 LACI a empêché l'intéressé d'exercer une activité soumise à cotisation (cf. ATF 121 V 336 consid. 5c/bb). La condition de la causalité n'est réalisée que si, pour l'un des motifs dont il est question ici, il n'était pas possible ni raisonnablement exigible pour l'assuré d'exercer une activité adaptée aux restrictions liées à la santé, et ce même à temps partiel (ATF 126 V 384 consid. 2b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Bâle 2014, n. 25 ad art. 14 LACI). Un droit à l'indemnité de chômage ne peut être accordé que si l'assuré dispose d'une capacité de travail supérieure à 20 %. La jurisprudence a par exemple indiqué qu'une capacité de travail résiduelle de 30 % était suffisante pour que l'on puisse raisonnablement exiger qu'un assuré exerce une activité salariée à temps partiel (arrêt du Tribunal fédéral 8C_497/2010 du 5 août 2010 consid. 4.2.2 ; cf. aussi ATF 121 V 336). La situation du marché du travail ne constitue pas un motif de libération au sens de l'art. 14 LACI (cf. ATF 141 V 674 consid. 4.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_516/2012 du 28 février 2013 consid. 6.2.2.2 ; 8C_616/2012 du 4 décembre 2012 consid. 5.1.2).

Le motif empêchant l'assuré de remplir les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 14 al. 1 LACI doit avoir duré pendant plus de 12 mois (« 12 mois au total ») ; à défaut, si la durée de l'empêchement est inférieure à 12 mois, l'assuré dispose d'assez de temps pendant le délai-cadre de cotisation pour exercer une activité suffisante soumise à cotisation (ATF 121 V 336 consid. 5b).

La libération des conditions relatives à la période de cotisation de l'art. 14 LACI est subsidiaire à la période de cotisation de l'art. 13 LACI (voir aussi SVR 1999 ALV n° 7 p. 19), la première de ces dispositions ne s'appliquant que lorsque les

conditions de la seconde ne sont pas réunies (DTA 1995 p. 167 consid. 3b/aa et 170 consid. 4c). Il en ressort également qu'il n'y a pas de cumul possible entre les périodes de cotisation (et celles qui leur sont assimilées) et les périodes de libération. Il n'est ainsi pas admissible de combler des périodes de cotisation manquantes par des périodes de libération des conditions relatives à la période de cotisation ou le contraire (ATF 141 V 674 consid. 4).

c. Les motifs de libération doivent être contrôlables et prouvés. La caisse exigera, en vertu de son devoir d'établir les faits, les éléments de preuve pertinents (Bulletin LACI IC, ch. B185). La maladie, l'accident et la maternité ne sont pris en considération comme motifs de libération que s'ils ont empêché l'assuré d'être partie à un rapport de travail pendant ce laps de temps et, partant, de remplir les conditions relatives à la période de cotisation (Bulletin LACI IC, ch. B188).

6. a. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

b. La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). En matière d'indemnités de chômage, l'assuré supporte les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise des pièces nécessaires pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment la liste de recherches d'emploi (cf. arrêt C 294/99 du 14 décembre 1999

consid. 2a, in DTA 2000 n o 25 p. 122; cf. aussi arrêt 8C 427/2010 du 25 août 2010 consid. 5.1 ; arrêt du 29 juillet 2013 8C 591/2012). A défaut de remise directement à l'ORP, c'est la date de la remise des preuves de recherche d'emploi à La Poste suisse qui fait foi et non la date de réception de l'ORP (Boris RUBIN, op. cit. ad. art. 17 no 31). Par ailleurs, en l'absence d'indices contraires, l'inscription par l'administration d'une date de réception laisse présumer que l'envoi lui est parvenu le même jour, voire un jour plus tard, s'il est déposé dans la boite aux lettres de son destinataire (arrêt du 25 août 2010 précité).

c. Selon la jurisprudence, il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être - consciemment ou non - le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a, 115 V 143 consid. 8c).

7. a. En l'espèce, au vu de la demande d'indemnisation enregistrée le 17 octobre 2019, le délai-cadre de cotisation courait du 17 octobre 2017 au 16 octobre 2019 conformément à l'art. 9 al. 3 LCI. Il n'est pas contesté que la recourante n'a exercé aucune activité lucrative durant cette période, si bien qu'elle ne remplit pas la condition relative à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

b. Reste à examiner si elle peut se prévaloir d'un motif de libération de l'obligation de cotiser prévu à l'art. 14 al. 1 LACI.

La recourante allègue avoir été dans l'incapacité totale de travailler durant les deux années précédant sa demande d'indemnités de chômage et produit à l'appui de ses dires un certificat médical de son médecin traitant daté du 4 novembre 2019, attestant d'une totale incapacité de travail entre octobre 2017 et mi-octobre 2019, tout en admettant ne l'avoir pas vu en consultation depuis fin octobre 2017.

L'intimée fait valoir que, dans de telles conditions, ce document ne saurait se voir reconnaître de valeur probante suffisante pour admettre une incapacité de travail durant toute la période de cotisation.

Ce certificat médical a été établi a posteriori par le médecin traitant de la recourante, sur la base des seules déclarations de cette dernière. Le médecin reconnaît ne pas avoir vu sa patiente durant cette période. S'il indique avoir pu constater une importante surcharge psychique en raison des problèmes de couple de l'intéressée depuis 2016, l'avoir mise à cette période au bénéfice d'un traitement médicamenteux et avoir appris que, suite à sa séparation, début octobre 2017, des problèmes financiers étaient venus s'ajouter à sa souffrance psychologique, il ne se prononce pas sur sa capacité ou son incapacité de travail à l'époque. Par ailleurs, il n'étaye son attestation d'incapacité de travail pour les deux années qui ont suivi d'aucun diagnostic précis, d'aucune description de limitation fonctionnelle et ne précise pas si l'intéressée a poursuivi ou non son traitement médicamenteux.

Ces éléments permettent déjà de douter sérieusement de la valeur probante de ce document, étant rappelé que, selon l'expérience, le médecin traitant est

généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc).

S'y ajoute le fait que, dans sa demande d'indemnités, la recourante a répondu par la négative à la question de savoir si une maladie l'avait empêchée d'être partie à un rapport de travail pendant plus de douze mois. Le certificat du Dr B_____ est postérieur à la date de signature dudit formulaire. Or, il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations d'un assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques.

Enfin, le certificat du Dr B_____ atteste d'une incapacité de travail jusqu'à mi-octobre 2019, alors même que, selon la décision sur opposition de l'OCE du 3 mars 2020, l'assurée a effectué cinq postulations entre le 1er et le 15 octobre 2019.

Au vu de ce qui précède, le certificat produit par la recourante ne peut être considéré comme suffisant pour admettre une totale incapacité de travail durant deux ans et la libérer de son obligation de cotiser durant le délai-cadre.

8. La recourante soutient que l'intimée ne saurait évaluer différemment de l'OCE la valeur probante de ce certificat. Un tel traitement différencié ne serait pas admissible.

a. L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 17 al. 1 LACI). L'assuré doit se conformer aux prescriptions de contrôle édictées par le Conseil fédéral (art. 17 al 2 in fine LACI).

En s'inscrivant pour toucher des indemnités, l'assuré doit fournir à l'office compétent la preuve des efforts qu'il entreprend pour trouver du travail (art. 26 al. 2 OACI). Il ressort de cette disposition que l'obligation de rechercher un emploi prend naissance déjà avant le début du chômage, en particulier dès que le moment de l'inscription à l'assurance est prévisible et relativement proche (art. 20 al. 1 let d OACI; arrêt du Tribunal fédéral 8C 744/2019 du 26 août 2020). Il incombe, en particulier, à un assuré de s'efforcer déjà pendant le délai de congé de trouver un nouvel emploi (ATF 139 V 524 consid. 4.2). Il s'agit là d'une règle élémentaire de comportement de sorte qu'un assuré doit être sanctionné même s'il n'a pas été renseigné précisément sur les conséquences de son inaction (ATF 124 V 225 consid. 5b p. 233; arrêts du Tribunal fédéral C 144/05 du 1er décembre 2005 consid 5.2.1 et C 199/05 du 29 septembre 2005 consid. 2.2).

L'élément essentiel pour déterminer la période à prendre en considération lors de l'examen des recherches d'emploi est le moment où la personne a connaissance du fait qu'elle est objectivement menacée de chômage. Lorsque ce moment remonte à plus de trois mois avant l'inscription au chômage, l'examen des recherches

d'emploi porte seulement sur les trois derniers mois précédant l'annonce au chômage (Bulletin LACI IC, ch. B314).

b. Il ressort des dispositions légales et de la jurisprudence rappelées supra que l'OCE est amené à examiner au maximum une période de trois mois avant l'inscription au chômage pour déterminer si un assuré a effectué des recherches d'emploi suffisantes, alors que la CCGC doit quant à elle tenir compte de la situation de l'assuré durant le délai-cadre de cotisation, qui remonte aux deux années précédant l'inscription au chômage. Cette seule constatation permet déjà de constater que ces deux entités ne se fondent pas sur les mêmes éléments pour statuer. Partant, on peut admettre que l'on examine de manière plus sévère la valeur d'un certificat médical invoqué pour libérer un assuré de son obligation de cotiser durant deux ans que lorsqu'il s'agit seulement d'examiner la question de la libération de l'obligation de rechercher un emploi durant trois mois.

Par ailleurs, si l'OCE est revenu sur la sanction prononcée, c'est non seulement en raison du certificat litigieux, mais également du fait que l'intéressée avait effectué cinq postulations entre le 1er et le 15 octobre 2019.

Eu égard aux considérations qui précèdent, en l'absence de tout motif de libération de l'obligation de cotiser, force est de constater que les exigences relatives à la période de cotisation n'étaient pas remplies au 17 octobre 2019, de sorte que c'est à bon droit que l'intimée a nié à la recourante le droit aux indemnités de chômage.

9. Entièrement mal fondé, le recours est rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La Présidente
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

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