RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1667/2020 **ATAS/643/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 juin 2021

10ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Butrint AJREDINI	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, 40, rue de Montbrillant Genève	intimée

Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président; RUDERMANN et Jean- Pierre WAVRE , Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1980, a travaillé en qualité d'étancheur dès le 1er octobre 2014.

2. L'assuré a subi un accident le 30 mars 2016, dont son assurance-accidents, la caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (ci-après la Suva), a pris en charge les suites. A ce titre, elle a versé des indemnités journalières jusqu'au 31 décembre 2019.

3. Le 15 novembre 2016, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après l'OAI).

4. L'employeur de l'assuré a résilié les rapports de travail pour le 31 août 2019.

5. Dans un rapport du 16 septembre 2019, le docteur B_____, spécialiste FMH en psychiatrie, a conclu à une capacité de travail de 50 % en raison des troubles psychiques.

6. Le docteur C_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et médecin d'arrondissement de la Suva, a examiné l'assuré le 17 octobre 2019. Il a retenu une capacité de travail nulle en qualité d'étancheur mais totale dans une activité réalisée assis ou debout, sans mouvement répété ou élévation de l'épaule droite au-delà de l'horizontale et sans monter sur une échelle. En raison du traitement antalgique lourd, l'assuré ne devait pas utiliser de machines à risque.

7. Par décision du 5 décembre 2019, la Suva a retenu que l'instruction médicale avait permis d'établir que l'assuré disposait d'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Le degré d'invalidité était inférieur à 10 %. Outre les séquelles organiques de l'accident, l'assuré présentait également des troubles psychogènes, qui n'étaient toutefois pas en lien de causalité adéquate avec l'accident.

8. Dans un certificat du 6 janvier 2020, le docteur C_____, médecin au Service de chirurgie orthopédique des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), a attesté une incapacité de travail totale de cette date au 17 février 2020.

9. Le 10 février 2020, l'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse ou l'intimée), indiquant être disposé à travailler à 40 % bien qu'il soit en arrêt de travail en raison d'un accident. Il ne pouvait plus œuvrer en qualité d'étancheur en raison de ses difficultés à porter des charges.

10. L'assuré s'est opposé à la décision de la Suva par courrier du 21 janvier 2020, concluant notamment à l'octroi d'une rente entière d'invalidité. Il a en substance fait valoir que les troubles psychiques dont il souffrait étaient en lien avec son accident et qu'il n'existait pratiquement pas d'activité adaptée à ses limitations fonctionnelles sur le marché du travail, si bien qu'il était exclu qu'il retrouve un emploi.

11. Selon un rapport du Dr C_____ du 21 février 2020, l'assuré ne pouvait reprendre son activité d'étancheur, mais on pourrait envisager un emploi adapté à ses limitations fonctionnelles. Le pourcentage et le rendement d'une telle activité semblaient difficiles à évaluer au vu de l'importance des douleurs décrites par l'assuré.

12. Le 26 février 2020, le Dr C_____ a indiqué à la Caisse que l'assuré avait été en incapacité de travail totale du 9 janvier au 6 juillet 2018, à 50 % du 7 juillet au 5 août 2018, et à nouveau totale depuis le 6 août 2018.

13. Par décision du 23 mars 2020, la Caisse a nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage. Elle a retenu que celui-ci était en incapacité de travail totale depuis le 6 août 2018 et l'était encore lors de son inscription. Dans ce cas, l'assurance-chômage ne versait des indemnités compensatoires que durant les trois premiers jours civils depuis le début de l'accident. Aucune indemnité de chômage ne pouvait être allouée, à moins que l'assuré ne recouvre une capacité de travail partielle ou totale.

14. L'assuré, par son mandataire, s'est opposé à cette décision le 2 avril 2020. Il a souligné que la Suva avait admis une capacité de travail entière sans diminution de rendement dans une activité adaptée. Il avait contesté la décision de la Suva et était dans l'attente d'une décision de l'office de l'assurance-invalidité (ci-après l'OAI), mais la question de sa capacité de travail restait litigieuse. La loi prévoyait une prise en charge provisoire de la perte de gain par l'assurance-chômage, afin d'éviter qu'une personne atteinte dans sa santé dont l'inaptitude au placement n'était pas manifeste ne subisse une lacune de couverture avant que la décision de l'assurance-invalidité ne soit rendue. En l'espèce, en considérant que l'assuré était en incapacité de travail totale et qu'aucune indemnité ne pouvait lui être octroyée de ce fait, la Caisse avait violé ces dispositions légales, dans la mesure où celui-ci n'était pas manifestement inapte au placement. Par ailleurs, les autres conditions à l'allocation d'indemnités de chômage étaient réalisées. Il requérait ainsi leur versement dès le 10 février 2020.

15. Par décision du 13 mai 2020, la Caisse a écarté l'opposition de l'assuré. Force était de constater que le Dr C_____ avait attesté une incapacité de travail totale à la date de l'inscription de l'assuré auprès de la Caisse, et c'était ainsi à juste titre qu'elle avait nié le droit à des indemnités de chômage.

16. Par écriture du 12 juin 2020, l'assuré a interjeté recours contre la décision de la Caisse, auprès de la chambre de céans. Il a conclu, sous suite de dépens, à son annulation, à l'annulation de la décision du 26 mars 2020 et au versement d'indemnités de chômage dès le 10 février 2020. Il a rappelé son historique médical et les conclusions du Dr C_____. Il a allégué qu'il avait demandé des indemnités de chômage pour un taux d'activité recherché de 100 %. Il n'était pas contesté que seule son aptitude au placement était litigieuse, toutes les autres conditions donnant droit au versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage étant

remplies. Il a repris l'argumentation développée à l'appui de son opposition. Au vu des conclusions du Dr C_____, du rapport du Dr C_____ du 26 février 2020, et du caractère contradictoire des rapports médicaux, le recourant n'apparaissait pas manifestement inapte au placement, quand bien même il avait contesté la décision de la Suva afin de sauvegarder ses droits. Il avait ainsi droit à l'avance des indemnités de chômage dans l'attente d'une décision définitive de la Suva et de l'OAI.

Le recourant a notamment produit des rapports médicaux, des notes de suite établies par ses médecins et un rapport de sa physiothérapeute.

17. Par réponse du 13 juillet 2020, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a souligné que le recourant avait fait valoir à l'encontre de la Suva qu'il n'existait aucune activité adaptée à ses limitations fonctionnelles sur le marché du travail, et qu'il avait produit des certificats de travail attestant une incapacité de travail totale, malgré la capacité de travail de 40 % annoncée lors de son inscription. Le Dr C_____ avait précisé que le pourcentage et le rendement dans l'activité exigible semblaient difficiles à évaluer au vu de ses douleurs. Partant, l'inaptitude au placement du recourant était manifeste.

18. Par réplique du 6 août 2020, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il a répété que les pièces au dossier révélaient des contradictions manifestes entre les avis des différents médecins. Il a produit le mandat d'expertise bidisciplinaire établi par l'OAI en date du 8 juillet 2020, qui démontrait que la situation n'était pas aussi claire que ne le laissait suggérer l'intimée. Le recourant a affirmé avoir toujours effectué des recherches d'emploi. Il était insoutenable d'affirmer que les difficultés à évaluer son taux d'activité et son rendement, évoquées par le Dr C_____, démontreraient son inaptitude au placement. Une telle interprétation rendrait lettre morte les dispositions légales sur la prise en charge provisoire des prestations par les différentes branches d'assurance.

19. Dans sa duplique du 31 août 2020, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle a soutenu que le recourant avait toujours « attesté d'une incapacité de travail totale de travail », même avant sa demande d'indemnités de chômage, ce qui ne laissait guère de marge d'appréciation quant à son aptitude au placement.

20. Le 24 septembre 2020, le recourant a transmis à la chambre de céans la décision rendue par la Suva le 10 septembre précédent, laquelle écartait son opposition. Ce prononcé confirmait ses allégations.

21. Le 13 janvier 2021, le recourant a transmis à la chambre de céans un contrat de travail en tant que chauffeur à 100 % dès le 2 novembre 2020, ainsi qu'une fiche de salaire pour le mois de novembre 2020. Il a précisé qu'il n'avait pas pu retrouver une activité lucrative adaptée à ses limitations fonctionnelles de sorte qu'il s'était vu contraint de prendre un emploi l'obligeant à prendre des risques pour sa santé, en raison de sa situation financière inextricable. Il a persisté dans ses conclusions « jusqu'au 31 octobre 2020 » pour le surplus.

22. Le 15 janvier 2021, la chambre de céans a transmis copie de cette écriture et de ses annexes à l'intimée.

23. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

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 (LACI - RS 837.0).

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

2. La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Toutefois, dans la mesure où le présent recours était pendant devant la chambre de céans à cette date, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

3. Le recours, déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA), est recevable.

4. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 10 février 2020.

5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. f LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est apte au placement.

   L'art. 15 LACI dispose qu'est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (al. 1). Le handicapé physique ou mental est réputé apte à être placé lorsque, compte tenu de son infirmité et dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché. Le Conseil fédéral règle la coordination avec l'assurance-invalidité (al. 2). S'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance (al. 3).

   Le Conseil fédéral a fait usage de la délégation législative ancrée à l'art. 15 al. 3 LACI en édictant l'art. 15 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI – RS 837.02). Aux termes de cette disposition, pour déterminer l'aptitude au placement des handicapés, les autorités cantonales et les caisses coopèrent avec les organes compétents de l'assurance-invalidité. Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) règle les modalités en accord avec le Département fédéral de l'intérieur (al. 1). L'al. 1 est également applicable lorsque des institutions de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance-maladie, de l'assurance militaire ou de la prévoyance professionnelle sont impliquées dans l'examen du droit à l'indemnité ou

dans le placement de handicapés (al. 2). Lorsque, dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché du travail, un handicapé n'est pas manifestement inapte au placement et qu'il s'est annoncé à l'assurance-invalidité ou à une autre assurance selon l'al. 2, il est réputé apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance. Cette reconnaissance n'a aucune incidence sur l'appréciation, par les autres assurances, de son aptitude au travail ou à l'exercice d'une activité lucrative (al. 3).

6. Aux termes de l'art. 70 al. 1 LPGA, l'ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas lorsqu'un événement assuré lui donne droit à des prestations d'une assurance sociale mais qu'il y a doute sur le débiteur de ces prestations. L'art. 70 al. 2 let. b LPGA précise que l'assurance-chômage est tenue de prendre provisoirement le cas à sa charge pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'assurance-invalidité est contestée.

7. L'assurance-invalidité et l'assurance-chômage ne sont pas des branches d'assurance complémentaires, dans le sens qu'un assuré privé de capacité de gain pourrait dans tous les cas invoquer soit l'invalidité soit le chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_245/2010 du 9 février 2011 consid. 5.3).

   L'assurance-chômage subordonne l'allocation d'indemnités de chômage à l'aptitude au placement, condition que les autres assurances sociales mentionnées à l'art. 70 al. 2 let. b LPGA ne connaissent pas, car elles soumettent le versement des indemnités journalières à une incapacité de travail. Pour ne pas vider l'art. 70 al. 2 let. b LPGA de sa substance, il faut que l'aptitude au placement fasse l'objet d'une définition large pour les handicapés physiques ou mentaux, comme le prévoit l'art. 15 al. 2 LACI (Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Jean-Maurice FRÉSARD *in* Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 22 ad art. 70 LPGA).

   Ainsi, dans le contexte d'une demande d'indemnités de chômage par un assuré qui s'est annoncé à l'assurance-invalidité, les exigences d'aptitude au placement de l'art. 15 al. 1 LACI – lesquelles comprennent, d'une part, la capacité de travailler (condition objective) et, d'autre part, la disposition à accepter un travail (condition subjective) – s'apprécient avec davantage de souplesse. La réduction des exigences ne concerne cependant que l'un des éléments de l'aptitude au placement, à savoir la condition de la capacité de travailler, et non celle de la volonté de réintégrer le marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_680/2019 du 16 septembre 2020 consid. 3.1 et les références). Lorsqu'un assuré a sollicité des prestations de l'assurance-invalidité ou d'un autre assureur, il est réputé apte au placement jusqu'à ce que sa demande de prestations auprès de cet autre assureur ait été tranchée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_651/2009 du 24 mars 2010 consid. 3.2). Dès lors, l'aptitude au placement ne peut être niée que si l'assuré est manifestement inapte au placement ou qu'il n'est pas suffisamment disposé à être placé (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in Schweizerisches Bundes-verwaltungsrecht, vol. XIV, Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 283). Lorsqu'un assuré

ne désire plus travailler en raison de son atteinte à la santé ou qu'il se considère lui-même comme tout à fait incapable de travailler, on doit inférer qu'il est inapte au placement. Même si, dans un tel cas, les avis médicaux font état d'une capacité de travail (partielle) en dépit de l'opinion de l'intéressé, l'aptitude au placement doit être niée en raison d'une disponibilité insuffisante. Dans ces conditions, l'assuré n'a pas droit à ce que l'assurance-chômage lui avance des prestations (arrêt du Tribunal fédéral 8C_187/2010 du 3 décembre 2010 consid. 4.3, cf. également arrêt du Tribunal fédéral 8C_406/2010 du 18 mai 2011 consid. 5.1). La personne qui a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité et qui est entièrement sans emploi, mais qui n'est capable de travailler qu'à temps partiel en raison d'atteintes à sa santé, a droit à une pleine indemnité journalière de chômage, fondée sur l'obligation de l'assurance-chômage d'avancer les prestations, si elle est prête à accepter un emploi dans la mesure de sa capacité de travail attestée médicalement (ATF 136 V 95 consid. 7.3).

Le point de savoir si un assuré est incapable de travailler s'apprécie sur la base des constatations médicales. Si les rapports médicaux sont contradictoires, l'inaptitude n'est pas réputée manifeste. Il y a donc lieu d'admettre l'aptitude au placement aussi longtemps que l'inaptitude ne ressort pas sans ambiguïté des rapports médicaux (arrêt du Tribunal fédéral 8C_749/2007 du 3 septembre 2008 consid. 5.4).

8. En l'espèce, l'intimé a considéré que le recourant n'était pas apte au placement eu égard à son état de santé.

Force est cependant de constater que le Dr C_____ a admis une pleine capacité de travail dans une activité adaptée. Il est vrai que la Suva, en qualité d'assureur-accidents, a considéré qu'elle ne répondait pas des troubles psychiques diagnostiqués chez le recourant, et partant de leur éventuelle incidence sur sa capacité de gain. Cela étant, le Dr B_____ a considéré que le recourant conservait une capacité de travail partielle malgré ses troubles d'ordre psychique. Le Dr C_____, médecin traitant du recourant, n'a pas non plus exclu la reprise d'un travail, sans être en mesure de préciser à quel taux. Toutefois, conformément à la jurisprudence citée, une capacité de travail partielle ne suffit pas à nier le droit à des indemnités de chômage.

Ainsi, les différents rapports médicaux tendent à reconnaître une capacité de travail résiduelle, à tout le moins partielle, au recourant. Dans ces circonstances, on ne peut considérer que celui-ci est manifestement inapte au placement en raison de son état de santé, contrairement à ce que soutient l'intimée. La mise en œuvre d'une expertise médicale par l'OAI concourt également à démontrer que la capacité résiduelle de travail du recourant n'est pas clairement établie.

Partant, on ne peut conclure à une inaptitude au placement en raison d'une capacité de travail nulle. S'agissant du volet subjectif de l'aptitude au placement, l'intimée ne saurait opposer au recourant les arguments développés dans la procédure qui l'oppose à la Suva relatifs à son incapacité à trouver un emploi adapté, faute de

quoi un droit aux indemnités de chômage devrait presque systématiquement être nié aux assurés qui ont déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-accidents, ce qui serait à l'évidence contraire à l'esprit de la loi concrétisé à l'art. 70 LPGA. On ajoutera que le fait que le recourant ait retrouvé un emploi dès le 1er novembre 2020 confirme également son aptitude subjective au placement.

La décision de l'intimé n'est ainsi pas conforme au droit en tant qu'elle nie l'aptitude au placement du recourant.

Le recourant affirme que les autres conditions du droit aux indemnités de chômage sont réalisées. Bien que l'intimée ne conteste pas expressément cette allégation, sa décision ne porte pas sur ces points, que la chambre de céans n'est en outre pas en mesure de vérifier en l'état du dossier.

Partant, il y a lieu de renvoyer la cause à l'intimée afin qu'elle examine si les autres conditions du droit aux indemnités de chômage sont remplies dans le cas d'espèce, et qu'elle verse dites indemnités de chômage au recourant dans l'affirmative.

9. Le recours est partiellement admis.

Le recourant, représenté par un avocat, a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 2'000.- (art. 61 let. g LPGA).

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. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimée du 13 mai 2020.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de CHF 2'000.- à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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	Le président
Véronique SERAIN	Mario-Dominique TORELLO

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