RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/175/2006 **ATAS/334/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 4 avril 2006

En la cause

Monsieur M_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MARSANO Jean-Luc	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, sis route de Meyrin 49, case postale 288, 1211 Genève 28	intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Maya CRAMER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né en 1946, maçon, s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) le 15 novembre 2004.

2. Par décision du 15 décembre 2004, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse) a nié son droit à l'indemnité de chômage, au motif qu'il n'avait pas cotisé dans les deux ans précédant son inscription à l'OCE.

3. L'intéressé a déposé une nouvelle demande auprès de la caisse le 11 août 2005. Il a indiqué qu'il n'avait pas eu d'employeur durant plus de deux ans et a produit un certificat du Dr A_____ daté du 7 décembre 2004, aux termes duquel il ne devait pas porter de charges excédant 10 kg ni rester assis plus de deux heures sans bouger, ainsi qu'une autorisation d'établissement (permis C) avec un délai de contrôle au 31 janvier 2009.

4. Par décision du 2 septembre 2005, la caisse a rejeté la demande de l'intéressé considérant que celui-ci ne justifiait d'aucune période de cotisation du 11 août 2003 au 10 août 2005, et n'invoquait aucun motif de libération. Elle a au surplus relevé que selon son curriculum vitae, il n'avait plus exercé d'activité lucrative depuis l'année 1993.

5. L'intéressé a formé opposition le 14 septembre 2005. Il allègue avoir été incapable de travailler et joint à son courrier deux certificats établis par le Dr A_____ le 10 octobre 2005 et le 9 janvier 2006. Dans le premier, le médecin déclare que l'état de santé de ce patient justifie un arrêt de travail complet pendant 370 jours entre août 2003 et août 2005. Dans le second, il précise que :

   "En novembre 2002 il est venu consulter pour des douleurs du rachis lombaire en relation avec une hernie discale située en L4-L5 à droite. Il était prévu une intervention chirurgicale que le patient a finalement déclinée devant l'évolution favorable de ses douleurs sous traitement conservateur et repos sans effort. Je l'ai revu en août 2003 pour une douleur inguinale à droite liée à une hernie inguinale qui n'a pas été opérée avant juin 2004. Au décours de ses investigations digestives, on lui a découvert une maladie de la jonction pyélo-calicielle à droite pour laquelle il est suivi par le Dr B_____, urologue. Bien que je ne l'ai suivi que de manière irrégulière pendant ce laps de deux ans, je puis certifier que son état de santé ne lui permettait pas de travailler dans ces conditions".

6. Constatant par ailleurs que l'intéressé est affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS-AI en qualité de personne sans activité lucrative depuis 2001, la caisse, par décision du 15 décembre 2005, a rejeté l'opposition.

7. L'intéressé, représenté par Maître Jean-Luc MARSANO, a interjeté recours le 17 janvier 2006 contre ladite décision. Il décrit année par année un parcours professionnel quelque peu chaotique. Il en ressort notamment qu'en 2000 et 2001, il a accompli des missions temporaires auprès de plusieurs entreprises, qu'en septembre 2001, il a été blessé au dos lors d'une de ses missions et que c'est son assistant social, qui constatant qu'il ne trouvait plus de travail, lui a suggéré de s'annoncer auprès de la caisse de compensation AVS comme non-actif afin de ne pas subir de lacunes de cotisation. Il ne conteste pas ne pas avoir travaillé entre le 11 août 2003 et le 10 août 2005, mais souligne qu'il était incapable de travailler pour des raisons de santé durant cette période. Il rappelle enfin que selon la jurisprudence, le principe de la protection d'assurance doit avoir la priorité sur celui de l'obligation de cotiser. Il conclut dès lors à l'octroi d'indemnités de chômage depuis le 11 août 2005.

8. Invitée à se déterminer, la caisse a constaté que selon le certificat médical du 7 décembre 2004, l'intéressé n'était pas en incapacité totale de travailler quelle que soit l'activité envisagée, que le médecin traitant n'était pas en mesure d'indiquer avec exactitude pendant quelle(s) période(s) son patient était incapable de travailler; elle relève enfin que lorsqu'il s'était annoncé la première fois auprès de l'OCE, il n'avait évoqué aucun problème de santé. Elle en conclut qu'il n'a pas été établi que c'était en raison de son état de santé que l'intéressé n'avait pu réunir les douze mois de cotisations requis.

9. Le Dr A_____ a été entendu en qualité de témoin le 21 mars 2006. Il a confirmé les arrêts de travail suivants :

   - du 11 novembre 2002 au 31 décembre 2002
   - du 1er au 31 août 2003
   - du 5 au 31 janvier 2004
   - du 14 mai au 2 août 2004 (par le Dr SAUVAIN, urologue)
   - du 14 au 21 septembre 2004
   - du 17 au 31 janvier 2005

   Le Dr A_____ a précisé qu'entre les mois de février et mai 2004, il avait adressé son patient à d'autres médecins spécialistes; il ne l'avait ainsi certes pas mis lui-même en arrêt de travail, mais considérait qu'il était resté incapable de travailler durant cette période. Il a confirmé le certificat établi le 10 octobre 2005, attestant d'une incapacité de travail de 370 jours entre août 2003 et août 2005, étant précisé que : "comme je l'ai expliqué, je ne l'ai pas vu tout le temps mais je considère que son état de santé d'une façon générale ne lui permettait pas de travailler".

10. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales 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 entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (LPGA), qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI).

   Le droit à l'indemnité de chômage suppose que les conditions relatives à la période de cotisation sont réalisées ou que l'assuré en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI).

   Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, teneur en vigueur dès le 1er juillet 2003, 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 cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

   L'art. 9 al. 3 LACI précise que le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt.

   Il n'est pas contesté en l'espèce que l'intéressé n'a pas travaillé, et partant, n'a pas cotisé, durant le délai-cadre applicable, soit du 11 août 2003 au 10 août 2005.

5. Selon 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 et pendant plus de

douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et n'ont ainsi pas pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, en raison notamment de maladie (let. b). Si l'assuré est empêché de cotiser pendant une durée inférieure à douze mois, il lui reste suffisamment de temps pendant le délai-cadre pour acquérir une période de cotisation suffisante (circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie - SECO - relative à l'indemnité de chômage IC janvier 2003 B/128). Il doit exister une relation de causalité entre l'absence de période de cotisations et l'empêchement d'exercer une activité soumise à cotisations (SECO circulaire janvier 2003 B/129).

En l'occurrence, le médecin traitant atteste d'une incapacité de travail durant 370 jours de août 2003 à 2005, soit plus de douze mois. Il y a certes lieu de constater qu'il n'a pas été en mesure d'établir des certificats d'arrêt de travail de manière consécutive. Au total, il n'a attesté que son patient était incapable de travailler qu'environ 5 mois ½ du 11 août 2003 au 10 août 2005. Il a cependant précisé, lors de son audition le 21 mars 2006, qu'il allait de soi que l'état de santé de celui-ci impliquait d'une façon générale une incapacité de travail durable.

6. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). 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. 5 let. a).

7. Le Tribunal de céans ne saurait mettre en doute les déclarations du médecin qui au demeurant, présentent le degré de vraisemblance requis par la jurisprudence.

   Au demeurant, si la force probante de certificats médicaux n'est certes pas absolue la mise en doute de leur véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaires du contrat de travail, 2ème éd. note 3 ad. art 324a CO).

   Or, il n'y a pas en l'espèce de motif de soupçonner que le médecin ait établi puis confirmé devant le Tribunal de céans, les attestations des 10 octobre 2005 et 9 janvier 2006 par complaisance (ATFA du 12 avril 2002 C 322/01).

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 et annule la décision du 2 septembre 2005.

3. Dit que le recourant a droit à l'indemnité de chômage à compter du 11 août 2005.

4. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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