REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1926/2007 **ATAS/816/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 16 juillet 2007

En la cause

Madame D_____, domiciliée GENEVE, représentée par Fortuna protection juridique, Me LEVET Christophe	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, service juridique, Glacis-de-Rive 6, GENEVE	intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Luis ARIAS et Teresa SOARES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame D_____ (ci-après: l'assurée), née le 1969, a travaillé, pour la dernière fois, en tant que responsable du nettoyage auprès de la société X_____ SA.

2. Elle a arrêté de travailler pour cause de maladie dès le 3 septembre 2003. Des indemnités journalières lui ont été servies par l'assurance perte de gain de son employeur.

3. Le 12 octobre 2004, l'assurée a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI).

4. L'assurée s'est annoncée à l'assurance-chômage au mois de juillet 2005. Un délai-cadre d'indemnisation courant du 1er juillet 2005 au 30 juin 2007 a été ouvert en sa faveur

5. A partir du 15 juin 2006, l'assurée a à nouveau présenté une incapacité de travail entière pour cause de maladie. Elle a bénéficié des indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale en cas d'incapacité passagère de travail jusqu'au mois de juillet 2006. Son dossier a ensuite été transmis au Service des mesures cantonales (ci-après : SMC), rattaché à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE).

6. Par courrier du 13 octobre 2006, le SMC a convoqué l'assurée à une visite médicale auprès du Dr A_____, médecin-conseil de l'OCE.

7. Le Dr A_____ a examiné l'assurée le 3 novembre 2006. Dans son avis du 6 novembre 2006, il a retenu que l'assurée présentait une incapacité de travail totale dès le 15 juin 2006, celle-ci étant définitive. Il a précisé qu'au vu des examens complémentaires effectués et des informations reçues, l'assurée ne pouvait reprendre une activité avant un très long terme.

8. Par décision du 7 novembre 2006, le SMC a refusé à l'assurée des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail, et ce dès le 3 novembre 2006.

9. Par l'intermédiaire de son assurance de protection juridique FORTUNA, l'assurée a formé opposition contre cette décision auprès de l'OCE. Elle expliquait que depuis le 3 septembre 2003, elle était atteinte dans sa santé, notamment de cirrhose hépatique et de dépression, et qu'elle était dans l'incapacité d'exercer sa profession. Elle avait déposé une demande de prestations AI et elle était toujours dans l'attente d'une décision de l'OCAI, celui-ci ayant requis une expertise aux "établissement hospitalier". Dans l'hypothèse où le rapport d'expertise des "établissement hospitalier" ne confirmerait pas l'incapacité de travail totale et permanente, elle se retrouverait privée tant des prestations de l'assurance-invalidité que de celles de

l'assurance-chômage. Elle demandait au SMC, à titre préalable, de suspendre la procédure d'opposition dans l'attente de la décision de l'OCAI. Sur le fond, elle concluait à l'octroi des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail.

10. L'OCE a rejeté l'opposition par décision datée du 20 avril 2007. Il observait que l'incapacité de travail de l'assurée remontait à l'année 2003 et que celle-ci était définitive, selon l'avis du médecin-conseil. L'expertise mise en œuvre par l'OCAI relevait de la procédure d'examen de la demande de prestations AI et n'avait donc aucun lien avec l'appréciation qui devait être faite dans le cadre de l'assurance-chômage, pour déterminer si une personne pouvait reprendre dans un temps plus ou moins bref son activité professionnelle. Partant, il n'y avait pas lieu d'attendre le rapport d'expertise, ce d'autant plus que les éléments du dossier démontraient clairement que l'incapacité de travail remontait à plusieurs années et qu'aucune reprise d'activité ne pouvait être envisagée avant un très long terme.

11. L'assurée a interjeté recours contre cette décision, en date du 16 mai 2007. Elle rappelle qu'elle est dans l'incapacité d'exercer sa profession depuis le 3 septembre 2003 et dans l'attente d'une décision de l'OCAI. Dans l'absolu, elle ne conteste pas l'avis du Dr A_____, qui retient une incapacité de travail totale et définitive, mais elle n'est pas certaine que l'OCAI parviendra à la même solution. C'est la raison pour laquelle elle demande à l'assurance-chômage une prise en charge provisoire de son cas, dans l'attente de la décision de l'assurance-invalidité, et ce en application de l'art. 70 LPGA. La recourante conclut à l'annulation de la décision querellée et à l'octroi des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail.

12. Invité à répondre, l'OCE a présenté sa détermination en date du 13 juin 2007. Il conclut au rejet du recours, en se référant aux arguments développés dans la décision entreprise.

13. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue en date du 25 juin 2007. A cette occasion, la recourante a rappelé qu'elle avait été en incapacité totale de travailler depuis le mois de septembre 2003 et qu'elle avait reçu des indemnités journalières perte de gain pendant presque deux ans. A partir de mai ou juin 2005, son état de santé s'était amélioré et elle avait déposé une demande de prestations de l'assurance-chômage. A partir du mois de juin 2006, son état de santé s'était aggravé, ce qui avait entraîné une incapacité de travail totale qui perdurait jusqu'à aujourd'hui. Elle estimait pour le moment ne pas pouvoir travailler mais peut-être qu'un jour cela serait le cas. Elle savait que l'OCAI avait ordonné une expertise auprès des "établissement hospitalier" mais elle n'avait pas encore été convoquée. La représentante de l'OCE a pour sa part exposé que l'art. 70 LPGA ne s'appliquait pas en matière de droit cantonal et qu'en toute hypothèse la décision d'aptitude en matière de chômage était totalement

indépendante de celle qui pouvait être prise par l'AI, même s'il était tenu compte des rapports médicaux AI déjà rendus.

14. A l'issue de l'audience, le Tribunal a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 2 let. b de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît des contestations prévues à l'article 49, alinéa 3, de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (ci-après : LC), en matière de prestations cantonales complémentaires.

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

2. Interjeté dans les délai et forme imposés par la loi, le recours est recevable (art. 49 alinéa 3 LC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, qui coordonne le droit fédéral des assurances sociales, n'est pas applicable en l'espèce, s'agissant de prestations complémentaires cantonales de chômage (cf. art. 1 et 2 LPGA ; art. 1 lettre b) et 7 et suivants LC).

4. a) Aux termes de l'art. 8 LC, peuvent bénéficier des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail, totale ou partielle, les chômeurs qui ont épuisé leur droit aux indemnités journalières pour maladie ou accident, conformément à l'article 28 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Le droit fédéral prévoit en effet que les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie (art. 3 LPGA), d'un accident (art. 4 LPGA) ou d'une grossesse et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 28 LACI). Leur droit persiste au plus jusqu'au 30e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre.

   b) Les prestations complémentaires cantonales pour cause d'incapacité passagère de travail, totale ou partielle, ne peuvent être versées que si elles correspondent à une inaptitude au placement au sens de l'article 28 LACI (art. 12 al. 1 LC). Elles sont par ailleurs servies au bénéficiaire dès la fin du droit aux indemnités au sens de l'article 28 LACI jusqu'à concurrence de 270 indemnités journalières cumulées dans le délai-cadre d'indemnisation fédérale (art. 15 LC). Les prestations cantonales

complémentaires en cas d'incapacité passagère de travail constituent donc explicitement le prolongement des prestations fédérales selon l'art. 28 LACI, dont elles prennent le relais.

d) Selon l'art. 18, al. 1, du règlement d'exécution de la loi cantonale en matière de chômage (RLC), l'autorité compétente peut ordonner un examen médical du requérant par un médecin-conseil. Dans la règle, un examen est ordonné après trois mois de versement de prestations complémentaires cantonales. Dans les deux jours qui suivent l'examen médical, le médecin-conseil rend ses conclusions sur la capacité de travail ou avise le cas échéant l'autorité compétente du défaut de l'assuré (art. 18 al. 2 RLC). Par ailleurs, en cas de divergence entre les médecins traitants et le médecin-conseil de l'office, l'avis de ce dernier prévaut (art. 18 al. 4 RLC).

5. a) En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a bénéficié des prestations fédérales de l'assurance-chômage en cas d'incapacité passagère de travail, selon l'art. 28 LACI, jusqu'au mois de juillet 2006. L'incapacité de travail persistant, les prestations cantonales complémentaires ont pris le relais. Après trois mois de versement des prestations, l'autorité cantonale a ordonné un examen médical de la recourante par son médecin-conseil, qui a considéré, par avis du 3 novembre 2006, que l'incapacité de travail de la recourante était définitive.

b) La recourante ne conteste pas le fait d'être totalement incapable de travailler et elle ne remet pas véritablement en cause l'avis du médecin-conseil de l'intimé. Elle n'exclut toutefois pas qu'elle puisse un jour recouvrer une capacité de travail. Elle fait ainsi valoir, à tout le moins de manière implicite, qu'un éventuel refus de l'OCAI de lui octroyer des prestations de l'assurance-invalidité équivaudrait, dans les faits, à retenir que son incapacité de travail n'est pas définitive.

6. a) L'art. 8 LC ne précise pas ce que l'on entend par incapacité passagère de travail, cette notion étant toutefois reprise de l'art. 28 al. 1 LACI.

b) L'art. 28 LACI déroge au principe de l'assurance-chômage voulant que les prestations ne sont allouées que si l'assuré est apte au placement. Le but de cette exception est d'éviter des cas de rigueur, de combler des lacunes de couverture dans le domaine de l'assurance-maladie et accidents, mais surtout d'assurer une meilleure protection sociale des chômeurs en cas de maladie, d'accident ou de maternité, qui peuvent grâce à cette disposition bénéficier des indemnités journalières, l'assurance-chômage renonçant pendant une période limitée aux exigences liées à l'aptitude au placement et à l'obligation de contrôle (NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 354; ATF 117 V 244, consid. 3c).

c) L'incapacité passagère de travail de l'art. 28 LACI doit être distinguée du cas où la santé d'un assuré se trouve diminuée pendant une longue période, l'aptitude au placement constituant dans ce cas un critère de délimitation important (ATFA non

publié du 14 avril 2003, C 303/02). L'art. 15 al. 2 LACI dispose en effet que 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 du marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché. Lorsque, dans cette éventualité, l'assuré s'est annoncé à l'assurance-invalidité ou à une autre assurance selon le deuxième alinéa, 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 (art. 15 al. 3 OACI). Selon la jurisprudence, ces dispositions s'appliquent en cas d'atteinte durable et importante à la capacité de travail et de gain (ATF 126 V 124 p. 127; DTA 1995 no 30 p. 174 consid. 3a, 1989 no 1 p. 55 sv. consid. 2; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundes-verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 225), par opposition à l'art. 28 LACI qui ne vise que les situations d'incapacités passagères de travail (cf. ROBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, Zurich 2006, p. 352), l'art. 15 al. 2 LACI assurant, en principe, la coordination entre l'assurance-chômage et l'assurance-invalidité (ROBIN, op. cit., p. 324). En résumé, la notion d'incapacité passagère s'oppose à celle d'incapacité durable (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], vol. I, Berne 1988, ad art. 28, n° 5).

7. Au sujet de l'art. 8 LC, le Tribunal de céans a jugé que l'avis du médecin conseil de l'OCE, qui avait exprimé des doutes quant à la possibilité pour l'assurée de retravailler, n'était pas suffisant pour nier le droit aux prestations en cas d'incapacité passagère de travail, dès lors que l'assurée, qui avait présenté une demande de prestations de l'assurance-invalidité, avait déclaré qu'une activité en position alternée pouvait lui convenir et qu'elle avait décidé de tenter une reprise de travail à 50%, son médecin traitant ayant aussi préconisé une reprise de travail à 50% (ATAS/256/2006, du 8 mars 2006).

8. a) En l'espèce, il convient de constater que l'assurée a arrêté définitivement de travailler en septembre 2003, en raison de maladie. Elle a bénéficié pendant environ deux ans des indemnités journalières perte de gain. Elle a aussi déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en date du 12 octobre 2004. Estimant que son état de santé s'était amélioré, elle s'est annoncée à l'assurance-chômage en juillet 2005; elle a à nouveau fait état d'une incapacité de travail entière dès le mois de juin 2006. Dans ses écritures, la recourante a confirmé que son incapacité de travail remontait à septembre 2003. Elle a déclaré en audience qu'elle n'était toujours pas en mesure de travailler. Elle a certes affirmé qu'un jour peut-être ce sera le cas, sans toutefois fournir aucune preuve à ce sujet. Or, en l'absence d'indice objectif attestant d'une possible recouvrement de la capacité de travail à relativement brève échéance, l'on ne saurait reprocher à l'administration d'avoir suivi l'avis du médecin-conseil de l'OCE, sans mettre en œuvre d'autres mesures d'instruction médicale. En effet, si l'administration ou le juge, se fondant sur une

appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 212, n° 450; KOELZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., p. 39, n° 111 et p. 117, n° 320; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 274; cf. aussi ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c et la référence). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b).

b) On rappellera d'ailleurs que le principe inquisitoire, qui régit la procédure notamment dans le domaine des assurances sociales, n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. 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 (voir art. 28 al. 2 et 31 al. 1 LPGA; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Dans ce contexte, il ne suffit pas d'alléguer qu'une reprise de l'activité lucrative pourrait bien intervenir un jour. Encore faut-il apporter la preuve concrète que l'état de santé de l'assurée pourrait se modifier à relativement brève échéance, ce que la recourante n'a en l'espèce pas démontré ou tenté de démontrer, ni même allégué. Aucun médecin n'envisage d'ailleurs une quelconque reprise de la capacité de travail. Dans ces circonstances, l'avis du médecin-conseil de l'OCE, qui considère que, dans la mesure où la recourante ne pourra reprendre une activité avant un très long terme, l'incapacité de travail - présente depuis 2003 - ne saurait être qualifiée de passagère, mérite d'être suivi. Cet avis repose sur un examen de l'assurée et sur des renseignements transmis par son médecin traitant et n'est contredit par aucune autre pièce médicale. Il est d'ailleurs en substance partagé par la recourante elle-même.

c) C'est donc à juste titre que l'OCE a considéré que la recourante ne présentait pas une incapacité de travail passagère.

9. Quant à la prise en charge provisoire du cas selon l'art. 70 LPGA, évoquée par la recourante, il y a lieu de rappeler, d'une part, que la LPGA ne s'applique pas en matière de prestations complémentaires cantonales de chômage (cf. art. 1 et 2 LPGA). D'autre part, l'application de l'art. 70 LPGA présuppose que l'on ait des doutes sur l'identité du débiteur des prestations mais non pas au sujet du droit de l'assuré aux prestations (KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, ad art. 70, n° 2 - 3). Or, en l'espèce, le droit de la recourante aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail a été nié, ce qui exclut une prise en charge provisoire du cas.

10. Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le SMC a nié à la recourante le droit aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail dès le 3 novembre 2006. Partant, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A 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); 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
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI
RIZZI

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