

EN FAIT

1. Madame V _____, employée dans une blanchisserie, a été licenciée avec effet au 7 septembre 2003.
2. Elle a été mise au bénéfice d'un délai cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage courant du 8 septembre 2003 au 7 septembre 2005.
3. L'assurée s'est trouvée dans l'incapacité totale de travailler pour cause de maladie depuis le 1^{er} décembre 2003, selon le certificat établi le 9 décembre 2003 par le Dr. A _____, médecin traitant. Ce médecin a ultérieurement prolongé la période d'incapacité de travail jusqu'au 31 mai 2004.
4. Par décision du 5 janvier 2004, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) a informé l'assurée qu'elle avait épuisé son droit aux prestations fédérales pour incapacité de travail depuis le 30 décembre 2003 et dépendait des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère, totale ou partielle de travail (PCMM) après un délai d'attente de 5 jours ouvrables, soit du 31 décembre 2003 au 6 janvier 2004.
5. Suite à un examen médical pratiqué le 16 avril 2004 par le médecin-conseil de l'OCE, le Dr B _____, celui-ci a estimé que l'assurée pouvait assumer un travail assis de caissière, vendeuse ou ouvrière.
6. Par décision du 4 mai 2004, l'OCE a mis un terme aux PCMM, considérant que l'assurée était apte au travail dès le 1^{er} mai 2004.
7. En date du 13 mai 2004, l'assurée a formé une réclamation contre cette décision. Elle a exposé ne pas comprendre l'avis du médecin-conseil de l'OCE, eu égard à ses problèmes de cœur, de respiration et de dos, ainsi qu'à une thrombose dans la jambe. En ce qui concernait les rapports médicaux, elle a invité l'OCE à s'adresser directement à son médecin traitant.
8. Dans sa décision sur opposition du 27 mai 2004, l'OCE a indiqué que le Dr B _____ avait sollicité les renseignements médicaux utiles du médecin traitant de l'assurée. Il a précisé qu'en cas de divergence entre l'avis du médecin traitant et celui du médecin-conseil de l'Office, l'avis de ce dernier prévalait. Cela étant, considérant que l'assurée avait contesté le diagnostic du médecin-conseil sans toutefois apporter d'élément concret à l'appui de ses déclarations, il a rejeté la réclamation de l'assurée et confirmé la décision de la section PCMM du 4 mai 2004.
9. En date du 27 septembre 2004, l'assurée a formé recours contre la décision sur opposition rendue par l'OCE en date du 27 août 2004, et reçue le 31 août 2004. Elle

a fait valoir que, selon un courrier du Dr A _____ du 24 septembre 2004 (versé au dossier), elle souffrait depuis 1998 des troubles suivants:

- arthrose cervicale et lombaire
- obésité majeure (BMI 41.5)
- hypertension artérielle
- insuffisance veineuse avec lymphoedème et oedème veineux bilatéral
- incontinence anale suite à un problème gynécologique.

Elle a souligné que le Dr A _____ considérait que "l'incapacité de travail et sa durée résultent de l'ensemble de tous ces diagnostics".

La recourante a également produit la copie d'un rapport établi le 3 juin 2004 par le Dr C _____, spécialiste en médecine interne et en angiologie, duquel il ressort que, depuis le 1^{er} juin 2004, il y avait une aggravation de la tuméfaction de la jambe gauche et la présence d'un lymphoedème ainsi que d'un oedème veineux bilatéral en relation avec une stase veineuse, elle-même secondaire essentiellement à l'obésité, ainsi qu'à son ancien travail en station debout prolongée.

La recourante a encore produit un certificat du 8 mars 2004 du Dr D _____, chirurgien FMH, lequel avait constaté une lésion sphinctérienne antérieure post-obstétricale, décompensée récemment.

La recourante a également fait état de ce qu'elle avait souffert déjà en 2002 et en novembre 2003 d'arthrose cervicale, provoquant des douleurs irradiant dans les bras avec fourmillement, ainsi qu'une lombosciatalgie gauche avec douleurs intenses, provoquée par une dégénérescence discale et d'importantes lésions dégénératives interapo-physères postérieures. Elle a conclu avoir été en incapacité passagère de travail du 1^{er} mai 2004 à ce jour et avoir droit au bénéfice des prestations prévues par la loi cantonale en matière de chômage (PCMM).

10. Par préavis du 22 octobre 2004, l'OCE a souligné que seul le Dr A _____, médecin traitant, avait considéré qu'une reprise de travail semblait compromise, alors que les autres attestations produites ne faisaient pas état d'une incapacité de travail. Par ailleurs, il a rappelé qu'en cas de divergence entre le médecin traitant et le médecin-conseil, selon la loi, l'avis de ce dernier prévalait.
11. Par courrier du 28 octobre 2004, la recourante a informé le Tribunal de céans être hospitalisée à l'Hôpital de Beau-Séjour depuis plus de 2 semaines.
12. Par courrier du 11 novembre 2004, les médecins des HUG, service de rhumatologie, ont confirmé que la recourante avait été hospitalisée dans leur

service du 11 octobre au 27 octobre 2004 en raison d'une fibromyalgie décompensée. Ils ont attesté que, lors de son admission, la capacité de travail de la patiente était nulle et qu'il en avait été vraisemblablement de même durant les deux semaines ayant précédé son hospitalisation, en raison d'une exacerbation de douleurs diffuses, prédominant au niveau de la jambe gauche.

Ils ont précisé : "Il ne nous est pas possible par contre de juger objectivement de sa capacité de travail durant les mois précédant son hospitalisation, même si l'on peut raisonnablement douter de sa capacité de travail au vu d'une anamnèse d'augmentation, depuis 6 mois environ, des douleurs chroniques liées à la fibromyalgie."

13. Par courrier du 18 novembre 2004, la recourante a fait état du certificat établi par les médecins des HUG et a conclu à l'annulation de la décision sur opposition attaquée.
14. Par lettre du 9 décembre 2004, la recourante a informé le Tribunal de ce que l'assurance-chômage l'avait indemnisée pendant 15 jours, suite à son hospitalisation du 11 au 27 octobre 2004, et avait par ailleurs accepté d'indemniser une semaine supplémentaire au titre de l'incapacité de travail. Elle a persisté dans toutes ses conclusions du 18 novembre et conclu à ce que l'OCE soit condamné en tous les dépens.
15. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties qui s'est déroulée le 9 février 2005, la recourante a déclaré être en incapacité de travail totale depuis le 1^{er} décembre 2003, mais ne pas souhaiter déposer de demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité. Elle a contesté l'avis du médecin-conseil du chômage, selon lequel elle pouvait exercer une activité en position essentiellement assise, une activité de ce type ne pouvant pas lui convenir, car elle souffrait d'insuffisance veineuse, et parce que ses jambes enflaient. Elle pensait en revanche qu'une activité en position alternée pourrait lui convenir, en avait parlé avec son médecin, et a dit qu'elle allait tenter une reprise de travail à 50% prochainement. Elle a précisé que depuis son hospitalisation, au cours de laquelle les médecins avaient diagnostiqué une fibromyalgie, elle suivait un traitement anti-dépresseur et que ses douleurs s'étaient améliorées.

L'OCE a dit se référer au rapport du Dr B _____, lequel avait à nouveau convoqué la recourante le 18 février 2005. Il a précisé que la recourante était au bénéfice d'indemnités PCMM depuis le 17 novembre 2004 jusqu'à ce jour.

16. Au cours de l'audience d'enquêtes du 13 avril 2005, le Dr A _____ a confirmé être le médecin traitant de la recourante depuis 1998, précisant qu'elle avait été également suivie par d'autres médecins, notamment le Dr E _____, psychiatre.

Il a exposé que sa patiente avait vu sa capacité de travail régresser depuis 2002, et que, de son point de vue, et au vu des différentes atteintes dont elle souffrait, elle avait été totalement incapable de travailler à partir du début de l'année 2004 certainement. A cet égard, il a souligné qu'elle ne pouvait exercer aucune activité quelle qu'elle soit, et que sa patiente n'avait jamais retrouvé une capacité de travail, fût-ce à temps partiel, jusqu'à ce jour. Il a dit avoir encouragé sa patiente à déposer une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité, quoique son pronostic ne soit pas très favorable quant à une réorientation professionnelle.

17. Entendu le même jour, le Dr B_____ a confirmé être le médecin-conseil de l'assurance-chômage. Il a déclaré que, lorsqu'il avait vu la recourante à deux reprises au mois d'avril 2004, il avait connaissance des atteintes globales que celle-ci présentait, et avait estimé toutefois qu'elle pouvait travailler dans une activité essentiellement assise, avec possibilité de faire quelques mouvements, et ce, dès le 1^{er} mai 2004. Il a expliqué avoir revu l'assurée le 18 février 2005, date à laquelle il avait conclu que, malheureusement, elle ne pourrait plus travailler. Il a expliqué les raisons qui l'avaient conduit à changer d'avis en 2005, à savoir que l'état dépressif était plus important, que la motivation à une reprise du travail était presque nulle et surtout qu'il se trouvait à plus d'un an d'arrêt de travail, et que dans ces conditions, les chances d'une remise au travail étaient quasi nulles. Il a persisté cependant à dire qu'au mois de mai 2004, la reprise de travail était raisonnablement exigible. Après avoir pris connaissance, en audience, du courrier des HUG du 11 novembre 2004, il a admis qu'il y avait un doute quant à la capacité de travail dans les semaines qui avaient précédé son hospitalisation au mois d'octobre 2004, et qu'au vu des compétences de ces médecins, il faisait siennes leurs conclusions quant à la capacité de travail de la recourante. Sur question du Tribunal, il a confirmé que lorsqu'il avait vu la recourante en avril 2004, il pensait et surtout souhaitait qu'elle puisse retravailler. Il ne l'avait plus vue depuis lors jusqu'au mois de février 2005. Il a ajouté "Si les médecins des HUG qui l'ont examinée au mois d'octobre 2004 doutent de sa capacité de travail réelle dans les six mois précédant l'hospitalisation, au vu de l'évolution de son état de santé, j'admets qu'elle n'a finalement plus été capable de travailler. Mes prévisions se sont révélées trop optimistes. Je confirme que Mme V_____ est de bonne foi. En définitive, je dois dire que je me suis peut-être trompé. Je confirme que la reprise de travail que je préconisais était surtout dans le but de stimuler Mme V_____ à une réinsertion sur le marché du travail". En dernier lieu, il a dit considérer que dans le cas de la patiente, la prise en charge médicale avait échoué, au vu notamment du long arrêt de travail. Il était possible, selon lui, que si l'assurée avait repris une activité, son état de santé ne se serait pas aggravé.
18. Le 21 avril 2005, l'OCE a souligné que le fait que l'état de santé de la recourante se soit détérioré au point que ses médecins aient pu douter de sa capacité de travail durant les mois précédant son hospitalisation en octobre 2004 permettait, ainsi que l'a rappelé le Dr B_____, de laisser planer un doute sur sa capacité de travail

entre mai et octobre 2004, mais ne permettait pas clairement d'écarter de manière rétrospective l'avis émis au moment des faits, soit en mai 2004, par le médecin-conseil de l'office. Pour cette raison, il a persisté intégralement dans les termes de sa décision sur opposition du 27 août 2004.

19. Le 4 mai 2005, la recourante a souligné que le médecin-conseil de l'OCE lui-même avait désormais admis que la recourante n'avait pas été capable de travailler pendant la période litigieuse, soit entre le 1^{er} mai 2004 et le 11 octobre 2004. Elle a conclu à titre principal à l'annulation de la décision sur opposition et à ce qu'il soit dit et prononcé qu'elle avait droit aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail pour la période du 1^{er} mai 2004 au 10 octobre 2004.
20. Sur ce, la cause a été gardée à juger.
21. Les autres éléments de fait pertinents seront repris en tant que de besoin dans la partie "En droit" du présent arrêt.

EN DROIT

1. 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, 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. 2 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 49 al. 3 de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC), notamment de celles relatives aux prestations complémentaires cantonales (art. 7ss LMC).

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

3. Interjeté en temps et forme utiles, le recours est recevable.

4. Le litige porte sur le point de savoir si la recourante avait droit aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail durant la période courant du 1^{er} mai au 10 octobre 2004.
5. Selon l'art. 8 LMC, peuvent bénéficier des prestations 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'art. 28 de la loi fédérale.

L'art. 12 al. 1 LMC précise que les prestations pour cause d'incapacité passagère de travail ne peuvent être versées que si elles correspondent à une inaptitude au placement au sens de l'art. 28 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

C'est ainsi que les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison de maladie, d'accident ou de maternité, 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 ; leur droit persiste au mieux jusqu'au trentième jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai cadre (art. 28 al.1 LACI ; ATF 126 V 124 consid. 3b).

Selon les art. 14 et 15 LMC, un délai d'attente de cinq jours ouvrables est applicable lors de chaque demande de prestations et celles-ci sont servies dès la fin du droit aux indemnités au sens de l'art. 28 de la loi fédérale jusqu'à concurrence de 270 indemnités journalières cumulées dans le délai-cadre d'indemnisation fédérale.

L'art. 16 al. 1 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage (RMC) précise que tout cas d'incapacité, partielle ou totale, entraînant une inaptitude au placement doit être annoncé conformément au droit fédéral et accompagné de la production d'un certificat médical.

Aux termes des art. 17 et 18 al. 1 RMC, l'autorité compétente peut ordonner un examen médical du requérant par un médecin-conseil et ce, dans la règle, après trois mois de versement de prestations cantonales.

L'art. 18 al. 4 RMC prévoit qu'en cas de divergence entre les médecins traitants et le médecin-conseil de l'office, l'avis de ce dernier prévaut.

6. En l'espèce, le Dr B _____, médecin-conseil de l'office, a considéré que la recourante était capable de travailler ou apte au placement dès le 1^{er} mai 2004, alors que du point de vue du Dr A _____, médecin traitant, elle était alors toujours en incapacité totale de travailler et ce, depuis le 1^{er} décembre 2003. Comme

mentionné ci-dessus, en cas d'avis divergents du médecin traitant et du médecin-conseil, l'art. 18 al. 4 RMC dispose que l'avis de ce dernier prévaut. Ce principe n'a toutefois pas une portée absolue, notamment lorsque les avis du médecin traitant et du médecin-conseil divergent tellement qu'il est nécessaire d'obtenir des explications complémentaires desdits médecins, voire de faire procéder à une expertise de l'assuré par un médecin neutre (CRACM A/446/2000).

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 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. Si la force probante d'un certificat médical n'est pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références).

En l'occurrence, la recourante a dû être hospitalisée du 11 octobre au 27 octobre 2004 dans le service de rhumatologie des HUG en raison d'une fibromyalgie décompensée. Dans leur courrier du 11 novembre 2004, les médecins des HUG ont exposé qu'il ne leur était pas possible de juger objectivement de la capacité de travail de la patiente durant les mois précédant son hospitalisation, mais que l'on pouvait raisonnablement douter de celle-ci au vu d'une anamnèse d'augmentation, depuis six mois environ, soit depuis avril 2004, des douleurs chroniques liées à la fibromyalgie.

D'autre part, le Dr C _____ a constaté début juin qu'il y avait une aggravation de la tuméfaction de la jambe gauche ainsi qu'une stase veineuse secondaire à l'obésité et l'ancien travail en station debout prolongée.

Dès lors qu'il y avait doutes sur la réalité de la capacité de travail de la recourante durant la période litigieuse, il importait de procéder à des investigations complémentaires conformément au principe inquisitoire.

Ainsi, lors de l'audience d'enquêtes du 13 avril 2005, le Dr B _____ a pris connaissance du courrier des médecins des HUG du 11 novembre 2004 et a reconnu qu'il y avait un doute quant à la capacité de travail de la recourante dans les semaines qui avaient précédé son hospitalisation au mois d'octobre 2004. Au vu des compétences de ces médecins, il admettait leurs conclusions quant à la capacité de travail de la recourante. Sur question du Tribunal, il a confirmé que, lorsqu'il avait vu la recourante en avril 2004, il pensait et surtout souhaitait qu'elle puisse retravailler. Il a ajouté "Si les médecins des HUG qui l'ont examinée au mois d'octobre 2004 doutent de sa capacité de travail réelle dans les 6 mois précédant l'hospitalisation, au vu de l'évolution de son état de santé, j'admets qu'elle n'a

finalement plus été capable de travailler. Mes prévisions se sont révélées trop optimistes. Je confirme que Mme V _____ est de bonne foi. En définitive, je dois dire que je me suis peut-être trompé. Je confirme que la reprise de travail que je préconisais était surtout dans le but de stimuler Mme V _____ à une réinsertion sur le marché du travail."

7. Au vu du dossier médical et notamment des déclarations du médecin-conseil de l'OCE, le Tribunal de céans tient pour hautement vraisemblable que la recourante ait toujours été en incapacité de travail durant la période litigieuse.

En conséquence, le recours doit être admis, en ce sens qu'elle a droit aux indemnités jusqu'à concurrence de 270 indemnités journalières (cf. art 15 LMC). Le dossier sera retourné à l'OCE pour le calcul des indemnités dues.

8. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité fixée à 1'250 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. Annule la décision litigieuse.
4. Condamne l'OCE à verser à la recourante les indemnités journalières qui lui sont dues à concurrence de 270 d'indemnités journalières ;
5. Renvoie la cause à l'OCE pour le calcul des prestations dues.
6. Condamne l'intimé à verser la somme de 1'250 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.

Le greffier

La Présidente :

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Alexandra PAOLIELLO

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