RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2528/2004 **ATAS/558/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème Chambre

du 23 juin 2005

En la cause

Monsieur L_____ recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2 intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur L_____, ressortissant de la République démocratique du Congo, a bénéficié d'une autorisation de séjour B.

2. Du 23 octobre 2000 au 26 février 2004, il a suivi les cours de l'Ecole d'ingénieurs de Lullier.

3. Parallèlement, il a travaillé, du 11 janvier au 31 décembre 2003, en tant que manutentionnaire pour la X_____ SA et, du 2 au 14 mars 2004, comme auxiliaire pour ce même employeur.

4. Son autorisation de séjour, strictement temporaire, est venue à échéance le 30 septembre 2003. Il a alors déposé une demande de renouvellement auprès de l'Office cantonal de la population (OCP).

5. En janvier 2004, l'OCP l'a informé de son intention de refuser la prolongation de son autorisation de séjour.

6. Le 12 mai 2004, l'assuré s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (OCE) et a demandé à bénéficier d'indemnités de chômage dès cette date.

7. Par décision du 17 juin 2004 (pièce 6 caisse), l'OCP a formellement refusé la prolongation de l'autorisation de séjour à quelque titre que ce soit et imparti à l'intéressé un délai au 30 septembre 2004 pour quitter le territoire.

8. Par décision du 5 juillet 2004, l'OCE a rejeté la demande d'indemnités de l'intéressé au motif que le renouvellement de son permis de séjour lui avait été refusé, de sorte qu'il ne pouvait être considéré comme étant domicilié en Suisse au sens de l'assurance chômage.

9. Le 13 juillet 2004, l'assuré a formé réclamation contre cette décision. Il a rappelé que son permis d'études était encore valable jusqu'au 30 septembre 2004 et ajouté qu'il disposait également d'un visa en cas de déplacements hors de Suisse, valable jusqu'au 15 septembre 2004. Il a fait valoir qu'il déposerait, avant le 30 septembre 2004, une demande de permis pour une activité lucrative de durée indéterminée et qu'il débuterait dès le 1er octobre 2004 un nouvel emploi comme consultant auprès de l'entreprise Y_____, dont le fondateur est son frère. Il a produit à l'appui de ses dires une attestation de l'OCP datée du 17 juin 2004 et attestant qu'au bénéfice d'une autorisation de séjour B strictement temporaire échue le 30 septembre 2003, il avait déposé une demande de renouvellement, laquelle était en cours d'examen. Il a également produit une attestation de l'Ecole d'ingénieurs de Lullier certifiant qu'il avait terminé ses études et réussi avec succès les examens prévus par le règlement, si bien qu'il se verrait remettre le diplôme d'ingénieur HES en Agronomie, Productions spéciales et horticoles.

10. Interrogé par l'OCE, l'OCP a confirmé, par courrier du 16 août 2004, que l'intéressé avait interjeté recours en temps utile auprès de la Commission cantonale de recours de la Police des étrangers (CCRPE) contre sa décision du 17 juin 2004, qu'il était autorisé à séjourner en Suisse jusqu'à droit connu sur ledit recours mais qu'il n'était plus autorisé à travailler, sauf décision contraire de l'Office de la main d'œuvre étrangère sur la délivrance éventuelle d'une unité du contingent cantonal.

11. Par décision sur opposition du 29 octobre 2004, l'OCE a maintenu sa décision initiale. Il a été relevé que l'assuré, même s'il avait demandé le renouvellement de son autorisation de séjour et était autorisé à séjourner en Suisse jusqu'à droit connu sur le recours déposé auprès de la CCRPE, n'était toutefois plus autorisé à exercer une activité lucrative et ne remplissait donc pas les conditions d'octroi. Cette décision a été notifiée à l'assuré en date le 11 novembre 2004.

12. Par courrier du 13 décembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il produit un courrier du président de la CCRPE daté du 29 novembre 2004 dont il ressort que la demande d'effet suspensif qu'il a déposée est sans objet et fait valoir qu'il faut l'interpréter comme l'autorisant, puisqu'il est bénéficiaire d'un effet suspensif pour son séjour, à travailler durant ce laps de temps. Il soutient qu'il serait contradictoire de l'autoriser à continuer à séjourner dans le canton sans lui donner les moyens d'assurer sa subsistance. Il allègue que c'est d'ailleurs la solution usuellement suivie par le Tribunal administratif du canton de Vaud lorsqu'il est appelé à statuer sur l'extension aux questions de travail de l'effet suspensif accordé dans le cadre d'un recours portant sur une autorisation de séjour.

13. Par courrier du 11 janvier 2005, le conseil du recourant a porté à la connaissance du Tribunal de céans qu'il n'assurait plus la défense des intérêts de ce dernier.

14. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans sa réponse du 7 février 2005, a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que bien que la CCRPE ait confirmé que le recours de l'assuré contre la décision de l'OCP lui refusant le renouvellement de son autorisation de séjour ait un effet suspensif, il ressort clairement de l'attestation de l'OCP du 16 août 2004 que l'intéressé n'est plus autorisé à travailler, sauf décision contraire de la main d'œuvre étrangère sur la délivrance éventuelle d'une unité du contingent cantonal.

15. Dans sa réplique du 11 mars 2005, le recourant a fait valoir qu'il réside en Suisse depuis dix ans, dont plus de cinq ans dans le canton de Genève, qu'il n'a jamais reçu l'ordre définitif de quitter le pays, qu'une demande de permis a été faite par l'entreprise Y_____ en sa faveur comme collaborateur scientifique, qu'il a continué à cotiser à la caisse chômage, que l'Hospice général ne lui accorde pas d'aide sociale et que ses droits élémentaires sont donc violés, dans la mesure où on lui interdit d'assurer sa subsistance en attendant l'aboutissement de son recours.

16. Dans sa duplique du 7 avril 2005, l'autorité intimée a persisté intégralement dans les termes de sa réponse.

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'article 56 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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

5. Aux termes de l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il subit une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a terminé sa scolarité obligatoire mais n'a pas encore atteint l'âge de la retraite (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).

6. En l'espèce, se pose la question de l'aptitude au placement. Le recourant invoque l'art. 12 LACI qui stipule qu'en dérogation à l'art. 13 LPGA, les étrangers sans permis d'établissement sont réputés domiciliés en Suisse aussi longtemps qu'ils y habitent.

   L'art. 15 LACI précise 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. Ces trois conditions doivent être remplies de manière cumulative (Circulaire IC 2003 publiée par le Secrétariat d'Etat à l'économie – SECO, chiffre B 153).

   S'agissant de l'art. 12 LACI, le SECO a précisé (circulaire ICB 74 et ss) que les étrangers non titulaires d'un permis d'établissement ne remplissaient pas la condition du domicile en Suisse lorsqu'ils n'étaient pas en possession d'une autorisation de séjour de police des étrangers les habilitant à exercer une activité lucrative et que si cette autorisation avait expiré, cette condition n'était plus remplie même s'ils continuaient à séjourner de fait dans le pays. Cependant, le SECO a admis une dérogation à cette règle lorsque l'étranger dont l'autorisation de séjour a expiré en a demandé le renouvellement dans les délais et peut compter l'obtenir s'il trouve un emploi convenable. Il a préconisé que dans un tel cas, la caisse de chômage se renseigne à cet effet auprès des autorités cantonales de marché du travail et de police des étrangers. Il a encore rappelé que le droit d'exercer une activité lucrative conditionnait simultanément l'aptitude au placement des étrangers non titulaires d'un permis d'établissement et qu'il était donc intimement lié à la condition du domicile en Suisse. Le droit de travailler en tant qu'élément de l'aptitude au placement et l'exigence d'être domicilié en Suisse sont subordonnés pour cette catégorie d'étrangers à la possession d'une autorisation de séjour de police des étrangers les habilitant à exercer une activité lucrative ou un renouvellement présumé de ladite autorisation, faute de quoi, ils ne remplissent pas deux des conditions ouvrant droit à l'indemnité.

   En l'espèce, l'OCP a attesté que le recourant s'est vu impartir un délai au 31 mai 2004 pour quitter le pays et qu'il n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative. Suite au dépôt d'un recours, cette décision est certes suspendue mais l'interdiction de travailler n'a pas été touchée par cette suspension. Force dès lors est de constater que l'intéressé n'est au bénéfice d'aucune autorisation de travail et que son aptitude au placement, et, partant, le droit à l'indemnité de chômage doivent être niés (ATF 120 V 392). Cependant, l'OCE est invité à vérifier les chances de succès de la demande de renouvellement du permis de séjour du recourant et à rendre une nouvelle décision en sa faveur en cas d'obtention du renouvellement de permis et si les autres conditions du droit à l'indemnité sont réunies. Dans cette mesure, le

recours est rejeté en l'état. Il incombera au recourant de déposer une demande en révision s'il obtient finalement un permis de séjour.

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. 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 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 :

Janine BOFFI — Karine STECK

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