RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3288/2005 **ATAS/256/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 8 mars 2006

En la cause

Madame P_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MOLO Romolo	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, route de Meyrin 49, case postale 288, 1211 Genève 28	intimé

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente
Mmes Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Madame P_____ est au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage courant du 8 septembre 2003 au 7 septembre 2005.

2. L'assurée a été en incapacité totale de travailler pour cause de maladie depuis le 1er décembre 2003. Après avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales pour incapacité de travail, l'assurée a été mise au bénéfices des prestations cantonales en cas d'incapacité passagère, totale ou partielle, de travail (PCMM) dès le 6 janvier 2004.

3. Le Docteur A_____, médecin-conseil de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE), a examiné l'assurée le 16 avril 2004 et estimé qu'elle était en mesure d'exercer une activité assise de caissière, vendeuse ou ouvrière dès le 1er mai 2004.

4. Par décision du 4 mai 2004, la section PCM a mis un terme aux PCMM le 30 avril 2004, considérant que l'assurée était apte au travail dès le 1er mai 2004. L'opposition formée par l'assurée a été rejetée par décision de l'OCE du 27 août 2004.

5. L'assurée, représentée par Me Romolo MOLO, a interjeté recours auprès du Tribunal de céans le 27 septembre 2004. Après avoir procédé à des enquêtes et constaté que l'assurée avait été en incapacité totale de travailler après le 1er mai 2004, le Tribunal de céans, par arrêt du 14 septembre 2005, a admis le recours de l'assurée et condamné l'OCE à lui verser les indemnités journalières qui lui étaient dues, à concurrence de 270 indemnités maximum.

6. Entre-temps, le 18 février 2005, l'assurée a été à nouveau examinée par le médecin-conseil de l'OCE. Dans son préavis, ce dernier a estimé qu'elle ne pouvait plus du tout exercer sa profession et a précisé que l'évolution de son état de santé était défavorable. Il ajoutait qu'il craignait que cette patiente ne puisse plus travailler.

7. Par décision du 11 mars 2005, la section PCM a nié le droit de l'assurée aux prestations cantonales dès le 18 février 2005, dans la mesure où son incapacité de travail était définitive.

8. L'assurée s'est opposée à cette décision en date du 21 mars 2005, considérant l'appréciation du médecin-conseil selon laquelle elle ne pourrait plus jamais travailler comme arbitraire et a offert de prouver que son arrêt de travail n'était pas définitif, puisqu'elle avait envisagé une reprise de travail à 50 %. Elle a également demandé l'apport de la procédure pendante par-devant le Tribunal de céans.

9. Par décision du 23 août 2005, l'OCE a rejeté l'opposition de l'assurée, rappelant que dans la règle, un examen médical par un médecin-conseil est ordonné après trois mois de versement de prestations cantonales. En l'occurrence, l'assurée avait

contesté être apte au travail dès le 1er mai 2004. Entendu le 13 avril 2005 par le Tribunal cantonal des assurances sociales dans le cadre de la procédure pendante, le médecin traitant de l'assurée avait déclaré que sa patiente n'avait jamais retrouvé de capacité de travail, même à temps partiel et qu'il l'avait encouragée à déposer une demande de prestations de l'assurance-invalidité. Quant au Docteur A_____, également entendu par le tribunal, il avait déclaré qu'après avoir revu l'assurée le 18 février 2005, il avait conclu qu'elle ne pourrait plus travailler. Dans ces conditions, c'est à juste titre que la section PCM a nié le droit aux prestations cantonales dès le 18 février 2005.

10. Le 20 septembre 2005, par l'intermédiaire de son conseil, l'assurée a interjeté recours. Elle rappelle que lors de l'audience d'enquêtes du 9 février 2005, elle n'avait pas encore déposé de demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité et avait déclaré qu'une activité en position alternée pourrait convenir. Elle en avait parlé à son médecin et une reprise de travail à 50 % allait être tentée prochainement. Elle produit un certificat de son médecin-traitant, autorisant un essai de reprise de travail à 50 % dès le 1er septembre 2005, dans des activités légères, position alternée assise/debout. L'assurée soutient que la décision de l'OCE viole tant la législation fédérale que la législation cantonale, dans la mesure où la loi cantonale précise que l'aptitude passagère au placement recouvre la même notion que celle définie par la loi fédérale. Or, au plan fédéral, le législateur est parti de l'idée qu'à partir du 30ème jour d'incapacité de travail, le chômeur serait couvert par une assurance individuelle perte de gain différée. Le législateur genevois a voulu éviter les conséquences des lacunes d'assurance en matière de perte de gain. La recourante fait valoir que l'assurance-chômage a l'obligation d'avancer les prestations à l'assuré, ce jusqu'à ce que l'assurance-invalidité statue sur la demande dont elle est saisie. De surcroît, elle ne saurait être définitivement considérée comme inapte au travail, puisqu'elle est au bénéfice d'un essai de reprise de travail à 50 %. Elle conclut à l'annulation de la décision et à l'octroi de prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail dès le 18 février 2005.

11. Dans sa réponse du 14 octobre 2005, l'OCE relève que le Tribunal de céans a reconnu, dans son arrêt du 14 septembre 2005, que l'assurée avait toujours été en incapacité de travail depuis le 1er mai 2004, de sorte que sa décision de lui nier le droit en raison d'une incapacité de travail définitive est correcte. Pour le surplus, l'OCE se déclare sceptique quant au certificat de reprise de travail à 50 %.

12. Par réplique du 7 novembre 2005, la recourante relève que l'OCE fait fi des règles de coordination en matière d'assurances sociales. Pour le surplus, elle produit diverses pièces attestant d'une reprise de travail effective à 50 % dès le 7 octobre 2005. Elle conclut à l'octroi de prestations cantonales du 18 février 2005 au 31 août 2005 à 100 %, puis à 50 % dès le 1er septembre 2005.

13. Dans ses conclusions du 1er décembre 2005, l'OCE soutient qu'au moment où la décision d'inaptitude a été rendue, il était manifeste que la recourante ne pouvait ni ne voulait exercer à nouveau une activité lucrative, ce qu'elle avait démontré en contestant par-devant le Tribunal de céans une décision de reprise d'activité.

14. Usant de son droit d'être entendue, la recourante, par courrier du 13 décembre 2005, a contesté les derniers allégués de l'OCE, relevant qu'elle a été en incapacité passagère de travail depuis le 1er mai 2004 ainsi que le Tribunal de céans l'a jugé, ce qui ne signifie pas qu'elle aurait été en incapacité de travail définitive. Elle s'insurge contre l'assertion de l'OCE selon laquelle elle refusait de travailler, alors que son incapacité de travailler a été démontrée, notamment par son hospitalisation en octobre 2004. Elle persiste dans ses conclusions, alléguant que si le raisonnement de l'OCE était suivi, les personnes qui ne seraient ni aptes au placement, ni au bénéfice d'une assurance perte de gain tomberaient à la charge de l'assistance publique.

15. Les conclusions de la recourante ont été communiquées à l'OCE le 22 décembre 2005 et la cause 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. 56V al. 1 let. a ch. 8 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. 7 ss LMC).

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

3. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 49 al. 3 LMC; art. 89B de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA).

4. Le litige consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'intimé a nié le droit aux prestations de la recourante dès le 18 février 2005, au motif que son incapacité de travail était définitive.

   Selon l'art. 12 al. 1 LMC, 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). 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 LACI jusqu'à concurrence de 270 indemnités journalières cumulées dans le délai-cadre d'indemnisation fédérale (cf. art. 14 et 15 LMC).

   Selon l'art. 28 LACI, en sa teneur en vigueur dès le 1er juillet 2003, 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 plus 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 (al. 1).

   Il sied de rappeler qu'en vertu de l'art. 15 al. 2 LACI, la personne handicapée physique ou mentale est réputée apte à être placée 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. D'après l'art. 15 al. 3 première phrase OACI, 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'art. 15 al. 2 OACI, il est réputé apte au placement jusqu'à décision de l'autre assurance.

   La présomption légale instituée par cette réglementation entraîne, pour l'assurance-chômage, une obligation d'avancer les prestations à l'assuré, cela par rapport aux autres assurances sociales. Il s'agit d'un cas de prise en charge provisoire (ou préalable) des prestations. Quand l'assuré au chômage s'annonce à l'assurance-invalidité, cette prise en charge provisoire vise à éviter qu'il se trouve privé de prestations d'assurance pendant la période de carence d'une année selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI et plus généralement pendant le temps nécessaire à l'assurance-invalidité pour statuer sur la demande dont elle est saisie (Thomas

NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 228 ; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. I, note 99 ad art. 15 LACI ; Ueli KIESER, Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, in : PJA 2000 p. 256; ATF 127 V 484, 126 V 124). Lorsque, par la suite, l'autre assureur social requis octroie des prestations, la correction intervient selon les art. 94 al. 2 LACI (compensation) et 95 LACI (restitution des prestations).

Cette reconnaissance n'a toutefois aucune incidence sur l'appréciation, par les autres assurances, de l'aptitude de l'assuré au travail ou à l'exercice d'une activité lucrative (art. 15 al. 3 OACI).

Sur le plan cantonal, l'art. 18 LMC dispose que le Conseil d'Etat édicte les prescriptions nécessaires afin de coordonner les prestations versées par d'autres assurances sociales ou privées et d'éviter qu'un cumul de prestations ne conduise à une surindemnisation de l'assuré. Lorsqu'une autre assurance sociale fournit, ultérieurement, des prestations qui entraînent une surindemnisation, l'autorité compétente qui verse les prestations au sens de l'art. 11 en exige le versement à elle-même en vertu du principe de la compensation, en s'adressant à l'assureur compétent (art. 18A LMC et 21A RLMC).

5. En l'espèce, l'intimé a estimé, en se fondant sur l'avis de son médecin-conseil du 18 février 2005, que l'assurée était en incapacité de travail définitive dès cette date.

Le Tribunal de céans constate cependant que dans son avis du 18 février 2005 à l'attention des organes de l'assurance-chômage, le médecin-conseil n'a pas répondu à la question de savoir si l'incapacité de travail était, selon lui, temporaire ou définitive. Il a seulement indiqué qu'une rente AI avait été demandée, que l'assurée ne pouvait plus exercer sa profession, que l'évolution était défavorable et qu'il craignait que cette patiente ne puisse plus travailler. De surcroît, avant la décision litigieuse, une procédure de recours était pendante par-devant le Tribunal de céans, relative à la capacité de travail de l'assurée ; or, la recourante avait indiqué, lors de sa comparution personnelle du 9 février 2005, qu'elle n'avait pas encore déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité et qu'elle ne souhaitait pas le faire en l'état. Elle avait aussi déclaré qu'une activité en position alternée pourrait convenir et qu'une reprise de travail à 50 % allait être prochainement tentée. La recourante a finalement déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité en mai 2005. Son médecin traitant a préconisé une reprise de travail à 50 % dès le 1er septembre 2005 et elle a commencé une activité à 50 % dès le 7 octobre 2005, en qualité d'employée d'entretien dans une entreprise générale de propreté.

Il convient de relever enfin que rien ne permet de mettre en cause le certificat de reprise partielle comme le fait l'intimée ; la mise en doute de la véracité d'un

certificat médical (en cas de suspicion d'attestation de complaisance) suppose des raison sérieuses et objectives.

Dans ces conditions, l'intimé ne pouvait pas conclure que la recourante était manifestement inapte au travail de façon définitive, ce d'autant que le droit aux indemnités pour cause d'incapacité passagère de travail peut aller jusqu'à 270 indemnités dans le délai-cadre d'indemnisation fédérale. Si l'assurance-invalidité devait, ultérieurement, mettre l'assurée au bénéfice de prestations pendant la période où des prestations de chômage ont été versées, l'assurance-chômage pourra, le cas échéant, requérir la compensation ou en demander la restitution.

Au vu de ce qui précède, la recourante a droit aux indemnités entières dès le 18 février 2005, et à 50 % dès le 1er septembre 2005 (art. 11 al. 2 LMC), à concurrence du maximum de 270 indemnités cumulées durant le délai-cadre.

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 dans le sens des considérants.
3. Annule les décisions des 11 mars 2005 et 23 août 2005.
4. Condamne l'intimé à payer à la recourante la somme de 1'000 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le