

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3557/2009

ATAS/489/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 6 mai 2010

En la cause

Monsieur R_____, domicilié à CAROUGE, représenté par
l'Association permanence de défense des patients et assurés
(APAS)

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, Glacis-
de-Rive 6, case postale 3039, 1211 GENÈVE 3

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Violaine LANDRY-ORSAT et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur R_____, né en 1961, est bénéficiaire d'une demi-rente de l'assurance-invalidité depuis le 1^{er} juin 2003.
2. Le 4 juillet 2008, après avoir exercé un emploi temporaire du 2 juillet 2007 au 3 juillet 2008 - année durant laquelle il a exercé en qualité d'ouvrier d'atelier à raison de 20 heures par semaine -, l'assuré s'est réinscrit auprès de l'OFFICE REGIONAL DE PLACEMENT (ci-après : ORP). Il s'est alors déclaré disposé à travailler à 50%. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur par la Caisse de chômage du SIT (ci-après : la caisse).
3. Après avoir reçu l'assuré à sa consultation, le docteur A_____, médecin-conseil de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : OCE), a estimé que l'intéressé était définitivement incapable d'exercer son ancienne activité de maçon mais qu'en revanche, moyennant la prise en compte de certaines limitations fonctionnelles (épargne du bas du dos et des épaules), il était à même de mettre en valeur une capacité résiduelle de 50% dans une activité adaptée. Le médecin a considéré que la position assise pouvait être maintenue à raison de 1-2 heures d'affilée, la position debout 15 à 30 minutes d'affilée, que les positions agenouillée, en inclinaison du buste et accroupie devaient être évitées, que la marche était exigible à plat mais pas trop longtemps et sur sol régulier, qu'il n'était pas exigible de l'assuré qu'il travaille en hauteur ou sur une échelle, ni qu'il porte ou déplace des charges de plus de 5 kg. En fin de compte, un poste adapté consistait, selon le médecin, en un travail exercé à la demi-journée, en position assise, offrant la possibilité de se lever un peu toutes les 1 à 2 heures et n'impliquant aucun maniement de charges. Le médecin a toutefois jugé utile d'approfondir l'évaluation médicale par la mise en œuvre d'un stage d'observation professionnelle (cf. préavis du 6 octobre 2008).
4. Ledit stage a été confié à l'atelier de réadaptation professionnelle du service de neuro-rééducation des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG). Le rapport du maître professionnel du 12 janvier 2009, rédigé après une observation d'un mois à raison de trois heures quotidiennes, a confirmé les limitations fonctionnelles décrites par le médecin-conseil de l'OCE. Par ailleurs, il a mis en évidence une dégradation de la situation médicale par rapport à l'évaluation à laquelle avaient procédé les organes de l'invalidité en 2004 (stage d'observation au Centre d'intégration professionnelle), notamment eu égard au rendement : celui-ci était désormais de 50% en moyenne, mais diminuait au fil des heures et se révélait variable ; en outre, les déplacements de 5 mètres étaient effectués avec grande lenteurs. En fin de compte, l'assuré a été considéré comme incapable de travailler dans le marché primaire ou économique, même à 50%. En revanche, le maître professionnel a jugé qu'il pourrait travailler dans un atelier protégé, où l'environnement serait plus adapté à ses besoins.

5. Le 13 février 2009, le service juridique de l'OCE a prononcé l'inaptitude au placement de l'assuré à compter du 13 janvier 2009. Il s'est fondé sur les conclusions du stage d'observation réalisé au sein de l'Atelier de réadaptation professionnelle des HUG, conclusions que l'intéressé a approuvées après avoir été consulté à ce propos par l'autorité.
6. Agissant par le biais de son mandataire, l'assuré s'est opposé à ladite décision. En résumé, il a fait valoir que la décision des organes de l'assurance-chômage était prématurée, dès lors que l'assurance-invalidité - qui avait entre-temps été saisie d'une demande de révision de son cas - n'avait pas encore statué de façon définitive. Or, en pareil cas, la prise en charge provisoire des prestations était à la charge de l'assurance-chômage. Il convenait donc d'annuler la décision entreprise jusqu'à droit connu dans la procédure pendante devant les organes de l'assurance-invalidité.
7. L'OCE a rejeté l'opposition par décision du 17 septembre 2009. Il a estimé qu'eu égard aux buts différents poursuivis par l'assurance-chômage, d'une part, et l'assurance-invalidité, d'autre part, la requête à fin de suspension devait être écartée. Quant au fond de la problématique, les capacités d'insertion étaient douteuses au vu des démarches de recherches d'emploi circonscrites aux postes de serveur. Pour ce motif, un stage a été mis en place. Or, l'inaptitude au placement de l'opposant ressortait clairement des conclusions du rapport d'observation professionnelle, lesquelles avaient non seulement été approuvées par l'intéressé en date du 5 février 2009, mais encore utilisées par ce dernier pour fonder un recours dirigé contre la décision de l'OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE GENEVE (ci-après : OAI) refusant l'augmentation du taux d'invalidité qui lui avait été reconnu jusqu'alors.
8. Par acte du 2 octobre 2009, l'assuré a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant à l'annulation de cette décision sous suite de dépens, à la jonction avec la procédure l'opposant à l'OAI, à l'appel en cause de la Caisse de chômage du SIT, à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire et, au fond, à ce que le Tribunal se prononce sur son aptitude au placement en regard des conclusions de l'expertise à ordonner.

A l'appui de sa demande d'appel en cause de la caisse, le recourant fait valoir que cette dernière a rendu, ensuite de la décision querellée, une décision de restitution des indemnités journalières versées à hauteur de 2'047 fr. La procédure d'opposition a été suspendue jusqu'à droit connu dans le litige relatif à la décision d'inaptitude rendue par l'OCE. Dans la mesure où l'issue du présent recours est susceptible d'engendrer un préjudice pour la caisse, cela justifie, du point de vue du recourant, l'appel en cause de celle-ci.

A l'appui de sa requête en jonction des procédures de recours dirigées contre la décision de l'OCE, d'une part, celle de l'OAI, d'autre part, le recourant argue que les deux assureurs prennent leurs décisions respectives en regard du même critère, à savoir la capacité de travail, et que les assurances en question sont soumises au principe de subsidiarité.

Quant au fond, le recourant déclare que si la décision de l'OAI niant une aggravation de son degré d'invalidité devait être confirmée, il aurait alors des arguments à faire valoir à l'encontre de l'OCE, mais indique que son recours est principalement interjeté pour préserver ses droits car, dans la mesure où cela signifierait qu'il aurait été reconnu capable de travailler à mi-temps, la force probante de l'enquête menée par l'OCE serait niée et il faudrait le réintégrer dans ses droits envers l'assurance-chômage. Pour le surplus, le recourant allègue que le versement des indemnités journalières doit se poursuivre car, lorsqu'il y a doute sur l'assureur débiteur des prestations, l'assurance-chômage est tenue de prester jusqu'à l'issue des litiges en cours.

Enfin, il justifie sa demande d'expertise judiciaire par le fait qu'elle serait susceptible de « mettre tout le monde d'accord », étant donné que les médecins des deux assureurs sont arrivés à des conclusions divergentes, favorables à l'institution qui les avait mandatés.

9. Invité à se déterminer, l'intimé dans sa réponse du 28 octobre 2009, a conclu au rejet du recours.

L'intimé met en exerce le fait que les assurance-invalidité et chômage ne sont pas, contrairement à ce que soutient la partie recourante, complémentaires, l'inaptitude au placement due à une limitation durable et importante de la capacité de travail n'impliquant pas nécessairement le droit à une rente AI, et le droit à une rente entière AI n'excluant pas, par principe, l'aptitude au placement.

Sur le fond, l'OCE maintient sa position, estimant que le stage a clairement démontré l'impossibilité pour l'assuré de se réintégrer dans le marché primaire du travail, ses problèmes physiques entraînant un rendement non seulement insuffisant (50 à 60%), mais de surcroît variable. En conséquence, seul un placement en atelier protégé est envisageable, ce qui est incompatible avec la notion d'aptitude au placement.

En ce qui concerne les conclusions formulées à titre préalable par le recourant, l'intimé, tout en les considérant non justifiées, déclare s'en remettre à justice.

Il produit les pièces sur lesquelles il s'est fondé pour rendre sa décision querellée. Parmi les documents en question, se trouvent les formulaires de preuves de recherches d'emploi de l'assuré pour les mois de juin, septembre, octobre, novembre et décembre 2008, ainsi que janvier et février 2009.

10. Dans sa réplique du 18 novembre 2009, le recourant s'est borné à relever que l'OCE avait admis avoir le devoir de déterminer l'aptitude au placement des personnes handicapées en collaboration avec les organes de l'AI, reconnaissant ainsi, selon le recourant, que sa propre évaluation ne peut faire fi de celle de l'AI.
11. Le 7 janvier 2010, le Tribunal cantonal des assurances sociales a rendu un jugement (ATAS 1/2010 ; procédure A/994/2009) aux termes duquel il a rejeté le recours interjeté par l'assuré contre la décision de l'OAI lui refusant l'octroi d'une rente entière d'invalidité en lieu et place d'une demi-rente. Le Tribunal a également débouté le recourant de sa conclusion visant à appeler en cause l'OCE dans la procédure AI.

L'arrêt en question a été déféré par le recourant au Tribunal fédéral, qui ne s'est pas prononcé à ce jour.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 (LPGA ; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Est litigieuse la question de savoir si l'intimé était fondé à prononcer l'inaptitude au placement du recourant.
4. A titre préalable, le recourant demande la jonction de la présente procédure avec celle l'opposant à l'OAI (A/994/2009).

Dans la mesure où le jugement en matière AI a déjà été rendu (ATAS 1/2010), cette requête doit être déclarée sans objet.

5. Ensuite, l'assuré requiert l'appel en cause de la caisse de chômage.

Aux termes de l'art. 71 al. 1 LPA, l'autorité peut ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure ; la décision leur devient dans ce cas opposable.

Or, la caisse de chômage appelée à statuer sur la restitution des prestations indûment perçues est liée par la décision (en constatation) que prend l'autorité cantonale

en matière d'assurance-chômage appelée à vérifier l'aptitude au placement d'un assuré (cf. ATF 126 V 399 consid. 1).

Il en résulte que l'appel en cause de la caisse, qui a au demeurant suspendu la procédure pendante par-devant elle jusqu'à droit connu dans le litige relatif à l'aptitude au placement du recourant, n'est pas utile, puisque la caisse est de toute manière liée par l'issue de la présente cause.

Il s'ensuit que la requête doit être rejetée, faute d'intérêt.

6. a) Selon l'art. 8 al. 1 LACI, a droit à l'indemnité l'assuré qui est sans emploi ou partiellement sans emploi. Au nombre des conditions énumérées par la loi pour pouvoir bénéficier d'une indemnité, figure notamment l'aptitude au placement de l'assuré.

Est 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. Le handicapé physique ou mental est réputé apte au placement 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. S'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance (art. 15 al. 1 à 3 LACI).

L'aptitude au placement implique la capacité, la volonté et le droit d'accepter un travail convenable ou une mesure d'intégration (cf. RUBIN, Assurance-chômage. Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, procédure, 2^{ème} éd., 2006, no 3.9.1).

- b) L'élément objectif de l'aptitude au placement est l'aptitude au travail, autrement dit la capacité de travailler (l'aptitude physique et mentale à accomplir un travail).

Dans la jurisprudence, il est question de capacité de travail, définie comme étant la faculté de fournir un travail (en réalité la faculté d'exercer une activité salariée) sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne.

L'art. 6 LPGA définit l'incapacité de travail de la manière suivante : « Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale ». En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de l'assuré peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

La capacité de travail au sens de l'art. 15 LACI est une notion abstraite qui doit être distinguée de la capacité de gain et de la capacité de trouver un emploi. Seule en ef-

fet compte la capacité de fournir un travail dans l'examen de la capacité de travail au sens de cette dernière disposition (cf. RUBIN, op. cit., n° 3.9.4.1). C'est également le lieu de rappeler qu'assurance-invalidité et assurance-chômage n'ont pas un caractère complémentaire réciproque, en ce sens que l'assuré exclus de la vie professionnelle pourrait invoquer soit l'invalidité, soit le chômage. Il n'est par conséquent pas d'emblée exclu qu'une même atteinte à la santé puisse conduire à la reconnaissance d'une pleine capacité de travail et à la négation de l'aptitude au placement (arrêt du TF non publié 9C.228/2007 du 24 septembre 2007 consid. 3 ; DTA 1999 n° 19 p. 104 consid. 2 et 3 notamment).

Selon la jurisprudence toujours (arrêt du TF non publié C 282/05 du 3 mars 2006 consid. 2.3), l'aptitude au placement englobe avec l'expression « est disposé à » aussi la capacité de travail. Dans le sens d'une application uniforme du droit, cet élément partiel de l'aptitude au placement doit être défini conformément à l'art. 6 LPGA mentionné ci-dessus, en tenant également compte de l'alinéa 2, de sorte qu'il s'agit non seulement de la capacité de travail dans l'activité exercée jusqu'alors ou dans le domaine d'activité, mais aussi des activités de substitution. Toutefois, les termes en cause ne sont pas identiques, ce qui ressort déjà de l'utilisation de vocables différents (« aptitude au placement » - « capacité de travail »). En outre, les organes de l'assurance-invalidité ne peuvent pas prendre en considération des motifs étrangers à l'invalidité (formation ou connaissances linguistiques insuffisantes par exemple) dans le cadre de l'incapacité de travail et doivent examiner ce qui est hypothétiquement exigible de la part de l'assuré compte tenu de son état de santé. Dans le cadre de l'assurance-chômage, certains points de vue étrangers à l'invalidité doivent être pris en compte pour pouvoir déterminer le travail convenable au sens de l'art. 16 al. 2 LACI. Etant donné que les motifs étrangers à l'invalidité ne sont pas déterminants, l'assurance-invalidité pose des exigences moindres à un travail convenable que l'assurance-chômage. De cette façon, l'assurance-chômage tient compte d'éléments qui sont irrelevants dans l'assurance-invalidité. C'est pourquoi les deux branches d'assurance sociale examinent les conditions de la capacité de travail, respectivement de l'aptitude au placement selon leurs propres besoins spécifiques, même si les organes de l'assurance-chômage doivent coopérer avec ceux de l'assurance-invalidité (art. 15 al. 1 première phrase OACI).

Il n'existe pas non plus d'effet contraignant de l'évaluation des organes de l'assurance-invalidité vis-à-vis des organes de l'assurance-chômage (DTA 1998 n° 5 p. 34 consid. 5c). Puisque l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage ne se basent pas sur les mêmes conditions juridiques (d'une part incapacité de travail, d'autre part inaptitude au placement), il peut arriver que pour la même atteinte à la santé, l'assurance-chômage nie l'aptitude au placement. Le fait que l'assurance-chômage et l'assurance-invalidité partent de la même notion de marché équilibré du travail n'y change rien (art. 6 LPGA et art. 15 al. 2 LACI), car cette notion théorique et abstraite sert de critère distinctif entre le domaine de prestations de

l'assurance-chômage et celui de l'assurance-invalidité (DTA 2002 p. 241 consid. ; arrêt non publié du TF I 758/02 du 16 juillet 2003, consid. 3.3).

7. Dans le cas d'espèce, contrairement à ce que laisse entendre le recourant, l'intimé ne s'est pas limité à fonder sa position sur le rapport rendu par le maître socio-professionnel de l'Atelier de réadaptation des HUG. En effet, il a pris en compte d'autres éléments, notamment les recherches d'emploi de l'intéressé et son attitude.

Dans son arrêt du 7 janvier 2010 relatif à la demande de révision de la rente AI du recourant, le Tribunal de céans a certes nié la force probante du rapport précité de l'Atelier de réadaptation. Cependant, au vu des critères d'appréciation différents sur lesquels se fondent les deux assurances en cause, il ne saurait en aller forcément de même dans la présente procédure. S'il est vrai que, dans la mesure où le maître socio-professionnel émet des considérations médicales qui ne relèvent pas de son domaine de compétence (aggravation de la situation médicale qui n'est pas corroborée par les rapports médicaux), on peut douter de la valeur probante à accorder à un tel document dans le cadre d'une évaluation de type médical de la capacité de travail, il en va autrement d'une évaluation de l'aptitude au placement, qui est une notion plus large. Or, il ressort assez clairement du rapport en question que le recourant ne démontre pas être en mesure de travailler à un rendement compatible avec les exigences objectives prévalant sur le marché du travail équilibré. Point n'est besoin de déterminer la cause de la baisse de rendement constatée dans le cas présent. Qu'elle soit due à une absence de motivation, à une fatigabilité ou à une autre raison (dont l'assurance-invalidité n'a pas à tenir compte puisqu'étrangère au concept d'invalidité selon cette assurance), elle démontre, en regard des notions applicables dans l'assurance-chômage, que l'assuré n'est pas en mesure de faire valoir concrètement une force de travail compatible avec le marché du travail.

En outre, on ne saurait ignorer les éléments qui ressortent des recherches d'emploi effectuées par le recourant. En effet, celui-ci a limité ses recherches d'emploi - quelques exceptions mises à part - au quartier dans lequel il est domicilié. En outre, il s'est rendu plusieurs fois chez les mêmes employeurs potentiels, ce qui dénote une faible motivation dans la recherche d'un emploi convenable. Enfin, la quasi-totalité des postes pour lesquels il a proposé ses services ne sont d'une part pas compatibles avec ses limitations fonctionnelles (y compris après que son conseiller en personnel l'a rendu attentif à ce problème) et, d'autre part, ne semblent pas faire suite à une offre d'emploi de l'employeur (tous les employeurs contactés se sont déclarés « au complet »).

Or, tant la recherche d'emploi circonscrite à une zone très proche du domicile que la limitation des démarches à un (ou des) domaine(s) d'activité dans le(s)quel(s) l'assuré n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi, sont des circonstances personnelles incompatibles avec l'aptitude au placement. Ce motif (inaptitude subjective au placement), qui ressort au demeurant implicitement de la

décision entreprise, est à lui seul suffisant pour justifier la décision de l'intimé, quel que soit en fin de compte le sort réservé - en regard de leur valeur probante - aux conclusions du maître socio-professionnel.

Pour terminer, le fait de se déclarer en accord avec les conclusions de ce dernier - à savoir de reconnaître sa propre incapacité totale à travailler sur le marché équilibré du travail -, couplée avec l'attitude adoptée dans le cadre de la procédure de révision de la rente AI (allégation d'une incapacité de travail totale) conduisent à penser que le recourant n'est non seulement pas en mesure d'accepter un travail convenable, mais qu'il n'y est pas non plus disposé. Les propos de l'intéressé à ce sujet n'y changent rien. Quant à la prétendue impossibilité de contester les conclusions du stage, on ne voit pas où veut en venir l'intéressé. En effet, sauf à avoir subi des pressions illégitimes, ce qui n'est nullement avancé d'ailleurs, on ne comprend pas pour quel motif le recourant n'aurait pas pu déclarer qu'il s'opposait aux conclusions du rapport d'observation, ce d'autant qu'il a été invité à s'exprimer à ce propos par-devant l'autorité chargée de statuer sur son aptitude au placement et nullement devant le signataire dudit rapport.

Il suit de tout ce qui précède que c'est à bon droit que l'intimé a nié l'aptitude au placement du recourant.

8. On ajoutera encore que contrairement à ce que soutient le recourant, l'art. 70 LPGA ne permet pas plus de le faire bénéficier des indemnités de l'assurance-chômage. Cette norme ne saurait avoir pour but d'imposer à un assureur de verser des prestations lorsque les critères requis par la législation qui régit son domaine de compétence ne sont manifestement pas remplis. En pareille hypothèse, réalisée au cas d'espèce, on ne peut considérer qu'il y a doute sur le débiteur de prestations au sens de la règle précitée, dès lors que l'intimé n'est à l'évidence débiteur d'aucune prestation à tout le moins à compter du rapport de stage.
9. Enfin, eu égard aux considérations qui précèdent, il ne se justifie pas d'ordonner une expertise sur la question de l'aptitude au placement du recourant. La requête y relative doit également être rejetée.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.
2. Déclare sans objet la requête en jonction des procédures A/3557/2009 et A/994/2009.

Au fond :

3. Rejette le recours.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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 ; RS 173.110); 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

Yaël BENZ

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Laurence SCHMID PIQUEREZ

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