RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3647/2020 **ATAS/723/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 juin 2021

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pascal JUNOD	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant), né le _____ 1979 et originaire du Kosovo, est arrivé en Suisse en 2004. Suite à son mariage avec une ressortissante suisse, il a obtenu un permis d'établissement C, qui a été révoqué en date du 22 janvier 2016, par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), après que son ex-épouse, dans le cadre de la procédure de divorce, ait allégué que leur union était un mariage de nationalité.

2. En date du 16 août 2018, l'intéressé s'est inscrit auprès de l'office régional de placement (ci-après : ORP) pour un taux d'activité de 100%, précisant qu'il était disponible de suite. Il a notamment fourni une attestation de l'OCPM, datée du même jour, qui mentionnait qu'il résidait sur le territoire du canton depuis le 19 avril 2004 et qu'il avait « fait l'objet d'une décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour actuellement non exécutoire en raison d'un recours pendant par devant le Tribunal fédéral ».

3. L'intéressé a régulièrement fourni les preuves de recherche d'emploi et a suivi les cours qui lui étaient assignés par l'ORP.

4. À réitérées reprises, depuis le 27 août 2019, l'ORP a demandé à l'intéressé de lui fournir une autorisation de séjour et de travail valable ou une attestation de l'OCPM confirmant que sa demande de renouvellement de permis était à l'examen et qu'il était autorisé à travailler dans l'intervalle. Les documents demandés n'ont pas été transmis par l'intéressé.

5. Par courrier du 28 mai 2020, l'ORP a demandé, une fois encore, à l'intéressé de lui fournir une autorisation de séjour et de travail valable ou une attestation de l'OCPM confirmant qu'il était autorisé à travailler. Un délai lui était fixé au 16 juin 2020, précisant qu'à défaut de fournir les documents demandés une sanction serait prononcée, conformément à la législation en vigueur. L'intéressé n'a pas réagi.

6. Par courriel du 29 juin 2020, le service juridique de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a demandé à l'OCPM de lui confirmer que l'intéressé avait vu son autorisation de séjour renouvelée. Le même jour, l'OCPM a informé l'OCE que le permis C de l'intéressé avait été révoqué le 22 janvier 2016, que ses recours avaient été rejetés et que sa demande de réexamen de la décision avait fait l'objet d'une décision de non entrée en matière en date du 2 août 2019. La décision de l'OCPM était exécutoire et définitive et un délai de départ immédiat avait été fixé à l'intéressé qui ne l'avait pas respecté. Il était encore précisé que l'intéressé n'avait aucun droit de travailler sur le territoire suisse, ni même d'y résider.

7. En date du 30 juin 2020, l'OCE a rendu une décision d'inaptitude au placement de l'intéressé, dès le 2 août 2019. Il était mentionné que suite à la décision de révocation de son permis C du 22 janvier 2016, l'intéressé n'avait plus d'autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse. Il était rappelé qu'il avait fait de multiples recours contre la décision de l'OCPM qui avaient tous été rejetés, de même qu'une demande de réexamen de la décision de l'OCPM, qui avait

également été refusée. L'intéressé n'avait désormais plus le droit de travailler sur le territoire suisse, ni même d'y résider, depuis le 2 août 2019.

8. Par courrier du 22 juin (recte : 22 juillet) 2020, le mandataire de l'intéressé s'est opposé à la décision du 30 juin 2020, en alléguant que la situation de ce dernier était connue de l'OCE, qui avait versé les prestations de chômage en toute connaissance de cause.

9. Par décision sur opposition du 9 octobre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition du 22 juillet 2020 contre la décision du service juridique du 30 juin 2020. La décision du 30 juin 2020 constatant l'inaptitude au placement de l'intéressé, dès le 2 août 2019, devait être confirmée, dès lors que l'intéressé ne remplissait pas les conditions fixées par la loi et ne bénéficiait pas d'une autorisation de travail, étant précisé que l'intéressé n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse dans le cadre de son opposition.

10. Par écritures déposées le 13 novembre 2020, auprès de la chambre de céans, le mandataire de l'intéressé a recouru contre la décision du 9 octobre 2020, concluant à sa nullité, respectivement à son annulation, avec suite de frais et dépens. En substance, le recourant reprochait à l'OCE de s'être fondé sur la décision de refus de permis de séjour rendu par l'OCPM, alors que cet office avait versé dans l'arbitraire. La possibilité d'obtenir un permis n'était pas complètement exclue et de ce fait, l'OCE agissait arbitrairement en se fondant hâtivement sur la décision de l'OCPM pour prononcer l'inaptitude de l'intéressé.

11. Par réponse du 10 décembre 2028, l'OCE a considéré que le recourant n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision précitée et persistait intégralement dans les termes de cette dernière.

12. Par réplique du 4 février 2021, le mandataire du recourant a expliqué que la décision de l'OCPM était arbitraire et que son mandant était parfaitement intégré ; de ce fait, il devait déposer une demande de reconsidération auprès de l'OCPM, ce qui était bloqué par la pandémie COVID-19. C'était en toute bonne foi que le recourant avait perçu ses prestations de chômage pour la période concernée, étant rappelé qu'il avait produit auprès de l'ORP l'attestation exigée de l'OCPM.

13. Par observations du 24 février 2021, le mandataire du recourant a encore exposé qu'il avait rassemblé les témoignages permettant de contredire les allégations erronées, sinon mensongères, de l'ex-épouse du recourant, étant précisé que ces dernières avaient pesé de façon déterminante sur le sort de la procédure auprès de l'OCPM.

14. Par duplique du 25 février 2021, l'OCE a considéré qu'il n'y a aucun élément nouveau apporté par le recourant et que la décision querellée devait être confirmée.

15. Par courrier du 23 mars 2021, la chambre de céans a demandé au mandataire du recourant de lui faire parvenir copie de la demande de reconsidération déposée auprès de l'OCPM à laquelle il s'était référé.

16. Par courrier du 31 mars 2021, le mandataire du recourant a expliqué qu'il n'avait pas pu encore envoyer cette demande, car il était dans l'attente d'un nouveau contrat de travail qui devait lui parvenir d'ici la fin de la semaine.

17. Par courrier du 18 mai 2021, le mandataire du recourant a communiqué à la chambre de céans une copie du contrat de travail du 14 mai 2021.

18. Le mandataire du recourant n'a pas communiqué à la chambre de céans la demande de reconsidération qui, selon lui, devait être déposée auprès de l'OCPM.

19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision d'inaptitude au placement du recourant en raison du défaut d'une autorisation de travail.

3. a. Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (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).

   Selon l'art. 15 al. 1 LACI, 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.

   b. Selon l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 ([anciennement, loi fédérale sur les étrangers - LEtr] LEI - RS 142.20), l'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse ; les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. Les besoins culturels et scientifiques de la Suisse sont pris en considération de manière appropriée.

   Selon l'art. 11 al. 1 LEI, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé.

Selon l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé.

Selon l'art. 40 al. 2 LEI, lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante.

Selon l'art. 83 al. 1 let. a et al. 3 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, du 24 octobre 2007 (OASA – RS 142.201), avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente (art. 88 al. 1 OASA) décide si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEI (al. 1 let. a). La décision préalable des autorités du marché du travail peut être assortie de conditions, notamment concernant le type et la durée d'une activité lucrative de durée limitée en Suisse (al. 3).

Selon l'art. 4 al. 1 du règlement cantonal d'application de la LEI (RaLEtr [sic] - F 2 10.01), la commission tripartite pour l'économie, dépendant du conseil de surveillance du marché de l'emploi, instituée par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992, est chargée de rendre un préavis concernant les demandes d'autorisation de travail qui doivent faire l'objet d'une décision préalable de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au sens de l'art. 6.

c. L'aptitude au placement suppose, logiquement, que l'intéressé soit au bénéfice d'une autorisation de travail, qui lui permette, le cas échéant, d'accepter l'offre d'un employeur potentiel. À défaut d'une telle autorisation, l'aptitude au placement et, partant, le droit à l'indemnité, doivent être niés (ATF 120 V 392 consid. 2 p. 395). Pour trancher cette question, il s'agit de déterminer - de manière prospective, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition (ATF 120 V 385 consid. 3 p. 387) - si la personne intéressée pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail au moment où elle s'est annoncée à l'assurance-chômage (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosen-versicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SVBR], Soziale Sicherheit, 2ème édition, no 269; Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., 2006, ch. 3.9.7 p. 211 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 248/06 du 24 avril 2007).

Pour une personne de nationalité étrangère domiciliée en Suisse, l'aptitude au placement sera subordonnée à la condition qu'elle soit au bénéfice d'une autorisation de travail lui permettant d'être engagée. En l'absence d'une telle

autorisation, l'aptitude au placement sera admise pour autant que la personne en question puisse s'attendre à en obtenir une dans l'hypothèse où elle trouverait un travail convenable. Dans cette dernière éventualité, l'administration ou le juge ont le pouvoir de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la réglementation applicable (droit des étrangers et de l'asile, traités internationaux conclus par la Suisse), le ressortissant étranger serait en droit d'exercer une activité lucrative. Lorsqu'ils ne disposent pas d'indices concrets suffisants, l'administration ou le juge doivent s'informer auprès des autorités de police des étrangers ou de marché du travail au sens de l'art. 40 LEI pour savoir si la personne intéressée peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail (ATF 120 V 385, 392 consid. 2c p. 396 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage 2014, p. 169 n. 72). Si l'instance du marché du travail a émis un préavis négatif concernant le permis de travail, l'aptitude au placement doit être niée (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 258/00 du 6 août 2001).

4. Le juge des assurances sociales 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 donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

5. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant n'est plus titulaire d'une autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse.

   Le recourant considère que l'OCPM a agi arbitrairement en refusant la prolongation de son permis C et que, par conséquent, l'OCE a également agi arbitrairement en se fondant sur l'absence d'autorisation de séjour ou de permis d'établissement pour conclure à l'inaptitude au placement du recourant.

   Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable (ATF 141 I 70 consid. 2.2 ; 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 133 I 149 consid. 3.1). De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que

cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 138 I 305 consid. 4.4

Il n'appartient pas à la chambre de céans de se prononcer sur les mérites de la décision de l'OCPM. Cependant, au vu des pièces du dossier et de l'arrêt rendu par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : CJCA) en date du 9 janvier 2018 (ATA/13/2018), il apparaît que les juges de la CJCA ont examiné en détail la situation du recourant, notamment quant aux allégations de son ex-épouse, selon lesquelles leur union n'était qu'un mariage de nationalité et ont conclu à la confirmation de la décision de l'OCPM, étant encore précisé que la CJCA a également confirmé l'exécution du renvoi du recourant au Kosovo.

La décision de l'OCPM est entrée en force, après le rejet du recours contre l'arrêt de la CJCA par le Tribunal fédéral, en date du 11 septembre 2018.

Compte tenu de ce qui précède, on ne voit pas en quoi l'OCE aurait agi de façon arbitraire en se fondant sur la décision de l'OCPM, elle-même confirmée par la CJCA dans son arrêt du 9 janvier 2018. Au contraire de ce que prétend le recourant, sa situation a été examinée en détail par trois instances judiciaires, soit le Tribunal administratif de première instance, la CJCA et le Tribunal fédéral ; le grief d'arbitraire doit donc être écarté.

Le recourant allègue encore que l'OCE était parfaitement au courant de sa situation administrative.

Il est exact que le recourant a pu s'inscrire auprès de l'ORP en fournissant une attestation qui mentionnait que la décision de renvoi de l'OCPM n'était pas encore exécutoire, en date du 16 août 2018, dès lors qu'un recours était pendant auprès du Tribunal fédéral.

Cette situation s'est toutefois modifiée, après l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en date du 11 septembre 2018. Sommé à plusieurs reprises par l'ORP, à partir du second semestre de l'année 2019, de démontrer qu'il était au bénéfice d'une autorisation d'exercer une activité lucrative, le recourant a omis d'informer l'autorité de ce changement de situation. Ce n'est qu'après de multiples relances et en l'absence de réaction de l'intéressé que l'OCE a rendu la décision d'inaptitude au placement, faute d'autorisation de travail.

Dès lors, contrairement aux affirmations du recourant, il est établi que l'OCE n'avait pas été informé du fait que la décision de l'OCPM était devenue exécutoire ; partant, il est erroné de prétendre que c'est en toute connaissance de cause de la situation administrative du recourant que l'OCE continuait de lui verser des prestations.

Le recourant allègue enfin qu'il s'efforce d'établir, notamment sur la base de témoignages, que les déclarations de son ex-épouse qui ont abouti à la décision de l'OCPM étaient mensongères, afin d'obtenir un réexamen de la situation par cette autorité.

Les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références). Les faits survenus postérieurement doivent cependant être pris en considération dans la mesure où ils sont étroitement liés à l'objet du litige et de nature à influencer l'appréciation au moment où la décision attaquée a été rendue (ATF 99 V 102 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 321/04 du 18 juillet 2005 consid. 5).

La chambre de céans doit se fonder sur la situation qui existait au moment où la décision été rendue et non pas sur les expectatives du recourant qui, apparemment dans le cadre d'une nouvelle procédure en reconsidération de la décision de l'OCPM, allègue pouvoir modifier ladite décision et obtenir un titre de séjour qui serait de nature à écarter le grief d'inaptitude au placement fondant la décision querellée.

Malgré la demande de la chambre de céans, le recourant n'a pas été en mesure de communiquer la demande de reconsidération de la décision de l'OCPM à laquelle il se référait dans son courrier du 4 février 2021 et qui semble différente de celle qu'il a joint en annexe au recours, datant du 6 août 2020 et demandant à l'OCPM le renouvellement du permis de séjour provisoire pour un cas de rigueur.

Étant encore précisé que la communication du contrat de travail du 14 mai 2021 n'est pas de nature à fonder une éventuelle aptitude au placement du recourant.

6. Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans considère qu'il est établi que le recourant n'a pas d'autorisation de séjour lui permettant d'exercer une activité lucrative et que les probabilités que cette situation se modifie, dans un avenir proche, par un réexamen de la décision de l'OCPM sont, au degré de la vraisemblance prépondérante, extrêmement faibles. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral citée supra, le recourant ne peut pas s'attendre raisonnablement à obtenir une autorisation de travail et son aptitude au placement doit ainsi être niée.
7. Dès lors, la décision rendue par l'OCE est bien fondée et le recours doit être rejeté.
8. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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 - 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	Le président
Diana ZIERI	Philippe KNUPFER

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