RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/806/2005 **ATAS/469/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 24 mai 2005

En la cause

Monsieur F_____, mais comparant avec élection de domicile par Me F. BOUDIAH, avocat	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamation, rue des Glacis-de-Rive 6 à Genève	Intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS , Présidente, Mmes Juliana BALDE et Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Monsieur F_____ (ci-après le recourant), né en 1972, architecte de formation et de nationalité algérienne, a obtenu une autorisation de séjour B aux fins d'étude, valable jusqu'en novembre 2003. Il est inscrit depuis octobre 1999 à l'INSTITUT D'ARCHITECTURE.

2. Inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE), le recourant a bénéficié d'un premier délai-cadre du 1er octobre 2001 au 30 septembre 2003. Une nouvelle inscription, en décembre 2003, a donné lieu à une décision de refus d'indemnités au motif qu'il n'en remplissait pas les conditions. Cette décision est devenue, après procédure en opposition, définitive et exécutoire.

3. En date du 1er juillet 2004, le recourant s'est réinscrit et a sollicité le versement d'indemnités de chômage dès cette date. Certificats médicaux à l'appui, il expose avoir été incapable de travailler pour des raisons médicales, du 12 mai 2003 au 22 juillet 2003 et du 21 août 2003 au 30 juin 2004.

4. Par décision du 21 septembre 2004, l'OCE a refusé au recourant le droit à l'indemnité, au motif d'une part qu'il n'était pas apte au placement et, d'autre part, qu'il ne remplissait pas la condition libératoire de plus de 12 mois minimum d'incapacité de travail.

5. Le recourant s'est opposé à cette décision par pli du 18 octobre 2004, alléguant que, s'il avait en effet timbré selon le « code 40 » entre décembre et janvier, soit comme s'il était bien portant, il était mû par un désir de contrer la maladie et désespéré par une situation très difficile, mais il était bien malade à cette époque, comme l'attestent les certificats.

6. Par décision sur opposition du 22 février 2005 l'OCE a rejeté l'opposition. Il considère que si l'incapacité de travail a bien duré plus de douze mois au vu des certificats produits, qu'il dit ne pas contester au demeurant, force serait de constater que le rapport de causalité entre l'absence de période de cotisation et l'empêchement de travailler n'existe pas, ce qui empêche toute libération. L'OCE reprend son argumentation, considérant que le recourant était apte à travailler en décembre 2003 et janvier 2004 en tous cas, puisqu'il a lui-même timbré normalement et fait des recherches d'emploi.

7. Dans son recours du 29 mars 2005, le recourant expose que son autorisation de travail, échue le 30 novembre 2003, est actuellement en cours de renouvellement. Il est capable de travailler depuis le 1er juillet 2004, comme l'atteste le certificat remis à l'autorité, du 7 septembre 2004. Il souhaite que le Tribunal statue également sur l'aptitude au placement, question tranchée par l'autorité certes pas au stade de l'opposition mais dans la décision initiale. S'agissant des conditions de libération, il

explique avoir souffert d'une tumeur abdominale qui a nécessité deux interventions chirurgicales, de la rééducation et de la physiothérapie. Il considère que si ses problèmes de santé étaient discutés par l'OCE cet office aurait dû le soumettre à l'avis de son médecin-conseil.

8. Dans sa réponse du 24 avril 2005, l'OCE conclut au rejet du recours. Il reprend sa motivation et considère qu'au vu des recherches effectuées par le recourant l'on ne peut préjuger d'un éventuel engagement. L'office n'a pas d'obligation de le soumettre au médecin-conseil, comme il n'est pas tenu de trancher la question de l'aptitude au placement puisque le droit aux indemnités est nié.

   Le Tribunal a ordonné la comparution des parties qui a eu lieu en date du 10 mai 2005. Le recourant a déclaré que son permis n'avait pas encore été renouvelé à ce jour. Il avait terminé les 2 ans de cours à l'INSTITUT D'ARCHITECTURE au moment où il est tombé malade. Depuis, il effectue son travail de mémoire et a des rendez-vous réguliers avec son professeur. Celui-ci était au courant de sa maladie et est venu lui rendre visite à l'hôpital.

   Sur quoi la cause a été 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. 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).

   Ses conditions sont cumulatives, et doivent donc toutes être examinées par l'autorité cantonale. En l'espèce se posent la question de la libération des conditions relatives à la période de cotisation (ci-après 6.) et celle de l'aptitude au placement (ci-après 7.)

6. Selon l'art. 13 LACI les conditions de cotisation sont remplies si l'assuré a, dans le délai-cadre de cotisation, qui précède de deux ans le délai-cadre d'indemnisation (art. 9 al. 3 LACI), exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation. L'assuré est libéré de cette condition si, dans le même délai-cadre, il n'était pas partie à un rapport de travail pendant plus de douze mois au total, notamment en raison d'une maladie (art. 14 al. 1 let. b LACI).

   Selon le SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (ci-après SECO), les motifs de libération doivent être véritables et prouvés. La maladie n'est prise en considération que si elle a empêché l'assuré d'être partie à un rapport de travail durant ce laps de temps, et l'incapacité doit être attestée par un médecin. En cas d'incapacité de travail partielle, le lien de causalité n'existe pas car l'assuré aurait pu mettre à profit sa capacité de travail résiduelle. Si l'assuré touche, au moment de la survenance de la maladie, des indemnités de chômage, il n'y a pas non plus de lien de causalité, ni s'il travaillait alors en qualité d'indépendant (cf. Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2003, B127 et ss).

   S'agissant de la jurisprudence, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé qu'un certificat médical ne peut être écarté sans autres motifs. En cas de doute (certificat de complaisance) l'autorité ou le juge doit investiguer la question (cf. ATFA du 12 avril 2002 cause C/322/01 Tn).

   En l'espèce, le Tribunal constate que les périodes d'incapacité de travail sont dûment attestées par des certificats réguliers des HUG, et sont dues à la tumeur

abdominale décelée chez le recourant, qui a nécessité deux interventions chirurgicales, de la rééducation et de la physiothérapie. Ces certificats ne prêtent pas le flanc à la critique, et ne sont d'ailleurs pas remis en cause par l'autorité cantonale. Peu importe que le recourant ait timbré normalement durant les deux premiers mois, il n'aurait de toute façon pas pu être engagé par un employeur potentiel, selon les règles du droit du travail. Par ailleurs l'incapacité de travail étant totale, le lien de causalité est bien rempli. Prétendre le contraire revient à contester lesdits certificats médicaux, en considérant que malgré ceux-ci le recourant aurait pu travailler même à temps partiel durant les mois de décembre et janvier, ce qui n'est pas le cas ici. En outre, bien qu'en recherche d'emploi, le recourant ne percevait pas d'indemnités journalières à l'époque de la survenance de la maladie, de sorte que c'est bien à cause de celle-ci qu'il ne pouvait être partie à un rapport de travail. Enfin, sa capacité de travail est à nouveau totale, comme l'atteste d'une part le certificat médical du 1er juillet 2004 qui fait état d'une incapacité de travail du 16 mai au 30 juin 2004, d'autre part le certificat du 9 septembre 2004, qui confirme cette reprise dès le 1er juillet 2004.

Par conséquent, cette première condition est remplie.

7. S'agissant de l'aptitude au placement, cette condition suppose le droit de travailler. Ainsi, un assuré de nationalité étrangère qui n'est pas titulaire d'une autorisation de travail est inapte au placement ; or cette autorisation est liée pour cette catégorie d'assurés à l'autorisation de séjour. Lorsque l'autorisation de séjour arrive à son terme, la condition du domicile en Suisse n'est plus remplie, même s'ils continuent à y séjourner. Une exception est faite lorsque le renouvellement a été demandé à temps et que l'assuré peut compter l'obtenir s'il trouve un emploi convenable (cf. Circulaire SECO susmentionnée, B 75-76, B 165-166).

   Dans le cas d'espèce, le recourant était au bénéfice d'un permis B pour étudiant, avec autorisation de travailler. Jusqu'au renouvellement cas échéant de cette autorisation, il ne remplit donc pas les conditions d'aptitude au placement et de domicile. Le SECO préconise cependant que les caisses se renseignent auprès de l'office cantonal sur les chances de succès de la demande de renouvellement (cf. B 166).

   Il sera donc constaté qu'en l'état ces conditions ne sont pas remplies, l'OCE étant invité à vérifier ce point et à rendre une nouvelle décision en faveur du recourant, en cas d'obtention du renouvellement de permis, les autres conditions du droit à l'indemnité étant réunies. Le recours sera donc admis partiellement, de sorte que le recourant, représenté par un avocat, a droit à des dépens fixés en l'espèce à 750 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 partiellement.

3. Confirme la décision sur opposition au sens des considérants.

4. Renvoie la cause à l'OCE pour nouvel examen au sens des considérants.

5. Condamne l'OCE au paiement d'une indemnité de 750 fr. en faveur du recourant.

6. 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).

Le greffier:	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

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