

GE_GERICHTE ATAS/1107/2021 vom 2. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1107_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/1107/2021 du 2 novembre 2021

IT: GE_GERICHTE ATAS/1107/2021 del 2 novembre 2021

Erwägungen

E. 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.

E. 2

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, l'acte de recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]).

E. 3

Le litige porte sur le bien-fondé de la confirmation le 24 septembre 2020 par l'intimé de l'inaptitude au placement du recourant du 1er janvier au 31 octobre 2020, puisque, notamment, il a été engagé par un employeur avec effet au 1er novembre 2020. De jurisprudence constante, le juge apprécie en règle générale la légalité des décisions entreprises d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue – en l'occurrence le 24 septembre 2020 – (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; ATF 132 V 215 consid. 3.1.1). Les faits survenus postérieurement, et

A/3436/2020 - 6/13 - qui ont modifié cette situation, doivent en principe faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1 ; ATF 130 V 130 consid. 2.1). 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 98 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 321/04 du 18 juillet 2005 consid. 5).

E. 4

a. L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), être domicilié en Suisse (let. c), avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e), être apte au placement (let. f) et satisfaire aux exigences de contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), ainsi que - dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; ATF 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) - par les instructions édictées par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin LACI IC. b. Conformément à l'art. 15 al. 1 LACI – auquel renvoie l'art. 8 al. 1 let. f 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. L'aptitude au placement comprend deux éléments : la capacité de travail, d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 123 V 214 consid. 3 ; ATF 120 V 392 consid. 1 ; aussi ATF 125 V 51 consid. 6a).

A/3436/2020 - 7/13 - 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, 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 143 V 168 consid. 2 ; ATF 120 V 385 consid. 2) - si l'assuré, ressortissant étranger, pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail (arrêts du Tribunal fédéral 8C_654/2019 du 14 avril 2020 consid. 2.1 et 8C_581/2018 du 25 janvier 2019 consid. 2.2 Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 3e éd. 2016, p. 2347 n. 269; Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, p. 51 n. 234). Lors de l'appréciation de l'aptitude au placement, la question de l'autorisation de travail d'un étranger se pose à titre préalable ; à défaut d'une décision de l'office de l'emploi compétent, elle peut être tranchée de manière préjudicielle par les organes de l'assurance-chômage et par le juge des assurances sociales (ATF 120 V 378 ; Bulletin LACI IC, B231). À la condition de l'autorisation de travailler comme composante de l'aptitude au placement au sens art. 15 al. 1 LACI est, avec recoupement partiel, intimement liée la condition du domicile en Suisse au sens de l'art. 12 LACI qui est intitulé « étrangers habitant en Suisse » et auquel renvoie l'art. 8 al. 1 let. c LACI (ATF 126 V 376 consid. 1c ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 74 ad art. 15 LACI). En vertu dudit art. 12 LACI, en dérogation à l'art. 13 LPGA, les étrangers sans permis d'établissement sont réputés domiciliés en Suisse aussi longtemps qu'ils y habitent, s'ils sont au bénéfice soit d'une autorisation de séjour leur permettant d'exercer une activité lucrative soit d'un permis de saisonnier. c. Selon le Bulletin LACI IC, l'assuré de nationalité étrangère qui n'est pas titulaire d'une autorisation de travail est inapte au placement (cf. art. 8 al. 1 let. f LACI). Pour les étrangers sans permis d'établissement, le droit de travailler est subordonné à la

possession d'une autorisation de séjour de la police des étrangers les habilitant à exercer une activité lucrative ou au renouvellement présumé de ladite autorisation. Les étrangers sans permis d'établissement doivent être titulaires d'une autorisation de travailler ou s'attendre à en recevoir une s'ils trouvent un emploi convenable. Les principes exposés à propos de l'exigence de domicile (art. 8 al. 1 let. c LACI) comme condition du droit à l'indemnité (B137 ss) sont aussi applicables en l'occurrence (B230).

E. 5

a. En l'espèce, selon les réponses des 6 et 13 janvier 2020 de l'OCPM à la question posée le 11 décembre 2019 par le service juridique de l'OCE de savoir si l'assuré était autorisé à travailler dans le cas où un employeur serait prêt à l'engager, l'intéressé pouvait, sur demande préalable d'un employeur, être autorisé à exercer une activité lucrative dans son domaine de spécialisation, soit son domaine d'études actuel, étant précisé qu'il avait été admis à séjourner en Suisse en qualité de

A/3436/2020 - 8/13 - doctorant sur la base de l'art. 40 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) et qu'il ne bénéficiait d'aucun droit d'accès au marché du travail suisse. Un détenteur d'un permis B pour formation, avec activité, n'était en principe pas autorisé à changer d'emploi car il exerçait son activité (scientifique dans le domaine de spécialisation) dans le cadre de son doctorat ou post-doctorat, « que si la formation continue [constituait] le but principal du séjour ». En effet, selon le ch. 4.4.5.1 des directives et commentaires du SEM – domaine des étrangers (ci-après ; directives LEI), des changements d'emploi restaient soumis à autorisation car la mobilité prévue à l'art. 38 al. 2 LEI ne s'appliquait pas aux personnes titulaires d'une autorisation de séjour à des fins de formation ou de formation continue. b. L'art. 40 OASA, intitulé « activité lucrative pendant une formation postgrade dans une université ou une haute école spécialisée », se réfère à l'art. 30 al. 1 let. g LEI, dont la teneur est qu'il est possible de déroger aux conditions d'admission (art. 18 à 29 LEI) dans les buts suivants : simplifier les échanges internationaux dans les domaines économique, scientifique et culturel ainsi que la formation professionnelle et la formation professionnelle continue. En vertu de l'al. 1 dudit art. 40 OASA, les étrangers qui suivent une formation postgrade dans une haute école ou une haute école spécialisée en Suisse peuvent être autorisés à exercer une activité lucrative dans leur domaine de spécialisation scientifique si : il existe une demande d'un employeur (art. 18 let. b LEI ; let. a); les conditions de rémunération et de travail sont remplies (art. 22 LEI ; let. b), l'al. 2 précisant que l'activité lucrative ne doit pas entraver la formation postgrade. L'art. 18 let. b LEI dispose, au milieu de deux autres conditions, qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée si son employeur a déposé une demande. Aux termes de l'art. 22 al. 1 let. a LEI – dans version en vigueur dès le 1er avril 2020 qui reprend en substance le contenu de l'ancien art. 22 LEI –, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que si les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche sont respectées, la let. b et les al. 2 et 3 concernant quant à eux – de manière non pertinente ici – le remboursement des dépenses des travailleurs détachés. Selon les directives du SEM, une personne peut être autorisée à exercer une activité lucrative à temps partiel ou à plein temps en vertu de l'art. 40 OASA si la formation continue constitue le but principal du séjour et s'il s'agit d'une activité scientifique dans le domaine de spécialisation de l'intéressé. Une autorisation ne peut pas être accordée pour des activités d'un autre type, ne concernant pas le domaine ou non

scientifiques (tâches administratives, par exemple). Les changements d'emploi restent soumis à autorisation également pour cette activité accessoire car la mobilité prévue à l'art. 38 al. 2 LEI ne s'applique pas aux personnes titulaires d'une autorisation de séjour à des fins de formation ou de formation continue (directives LEI, ch. 4.4.5.1, état au 1er août 2021). Il est précisé que les doctorants peuvent être admis en vertu de l'art. 40 OASA quand ils exercent une activité lucrative

A/3436/2020 - 9/13 - parallèlement à la préparation de leur thèse de doctorat (par exemple en qualité d'assistant) dans une université ou une haute école, pour autant que l'activité entre dans le domaine visé par la thèse et ne retarde pas sa réalisation (directives LEI, ch. 4.4.5.3, état au 1er août 2021). Ainsi, pour une activité lucrative pendant une formation postgrade dans une université ou une haute école spécialisée, l'art. 40 OASA apporte les précisions suivantes : il doit s'agir d'une activité lucrative dans le domaine de spécialisation scientifique de la personne étrangère ; un employeur (par exemple une université) formule une demande (art. 18 let. b LEtr) ; les conditions de rémunération et de travail sont remplies (art. 22 LEtr) ; l'activité lucrative n'entrave pas la formation postgrade (Minh Son NGUYEN, in Code annoté de droit des migrations, volume II : Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, n. 114 ad art. 30 LEtr). c. En matière d'assurance-chômage, selon un arrêt de la chambre des assurances, au vu d'un courrier de l'OCIRT du 18 novembre 2015 d'après lequel la personne assurée, par ses années d'emploi chez son ancien employeur de fin 2009 à fin 2014, bénéficiait, selon la pratique de la commission tripartite pour l'économie, de la mobilité professionnelle, il convenait d'admettre que les chances de succès de la personne intéressée, au bénéfice de la mobilité professionnelle, d'obtenir une autorisation de travailler étaient suffisantes, malgré le contingentement des permis délivrés aux ressortissants d'États tiers pour l'année 2015, pour qu'il lui soit reconnu une aptitude au placement non seulement depuis le 1er avril au 2 juin 2015, comme admis par l'office, mais également au-delà, soit dès le 3 juin 2015 (ATAS/952/2015 du 14 décembre 2015 consid. 6). Dans un cas relativement ancien, le Tribunal fédéral a considéré qu'un étudiant était réputé apte au placement s'il était disposé et en mesure d'exercer de manière durable, tout en poursuivant ses études, une activité à plein temps ou à temps partiel. En revanche, il fallait nier la disponibilité au placement et donc l'aptitude au placement d'un étudiant qui ne désirait exercer une activité lucrative que pour de brèves périodes ou sporadiquement, notamment pendant les vacances semestrielles (ATF 120 V 385). La Haute Cour a également tranché le cas d'un étudiant concernant lequel une attestation de l'OCPM selon laquelle les étudiants immatriculés à l'Université de Genève, titulaires d'une autorisation de séjour délivrée en application d'une ancienne disposition légale (octroi d'autorisations de séjour à des étudiants), pouvaient être autorisés à exercer une activité lucrative durant l'année académique, à raison d'un maximum de 20 heures par semaine, et à plein temps pendant deux mois durant les vacances universitaires (et, en outre, sans être soumis aux mesures de contingentement de la main-d'œuvre étrangère), l'étudiant devant néanmoins produire une attestation du bureau de placement de l'Université, et précisant que cette activité était compatible avec l'avancement normal des études. À ce dernier propos, le recourant avait déposé une attestation du bureau de placement de l'Université de Genève d'où il ressortait qu'une activité de 20 heures par semaine au

A/3436/2020 - 10/13 - maximum était compatible avec le déroulement régulier de ses études. Au vu de ces pièces et en l'absence d'éléments au dossier qui justifieraient un refus au regard de considérations autres que celles qui avaient trait à la situation de l'économie ou

du marché du travail, le Tribunal fédéral a admis que l'intéressé obtiendrait sans difficultés une nouvelle autorisation de travail, s'il trouvait un emploi convenable. Ainsi, à la différence de la situation d'une ressortissante étrangère qui avait été autorisée à ne prendre qu'un emploi temporaire comme assistante-doctorante à l'Université de Genève et pour laquelle tout placement en dehors était exclu, le recourant était apte au placement (ATF 120 V 392). Par ailleurs, il a été jugé qu'à la fin du rapport de travail et de la période de validité d'une autorisation délivrée à une personne étrangère afin qu'elle exerce une activité d'assistant scientifique auprès d'un institut et qu'elle y rédige une thèse de doctorat, donc s'inscrivant dans le cadre de l'art. 30 al. 1 let. g LEI, avec l'obligation de quitter ensuite la Suisse, des prestations de l'assurance-chômage ne pouvaient pas lui être fournies, en raison de l'inaptitude au placement et surtout de l'absence de domicile en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 8C_479/2011 du 10 février 2021, confirmant l'arrêt du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich AL.2010.00336 du 29 avril 2011 ; cf. aussi Minh Son NGUYEN, op. cit., n. 115 ad art. 30 LEtr). d. Dans le cas présent, le recourant a été, depuis 2013, régulièrement mis au bénéfice d'autorisations de séjour pour formation, avec activité, jusqu'au

E. 6

En conséquence, le recours sera admis partiellement et la décision sur opposition querellée sera annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée afin qu'il examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 8 al. 1 LACI) sont réunies, puis rende une nouvelle décision sur le droit à l'indemnité de chômage en question (période du 1er janvier au 31 octobre 2020).

E. 7

Le recourant, qui obtient gain de cause et est représenté par un avocat, a droit à une indemnité de dépens qui sera fixée à CHF 1'500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). Par ailleurs, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, applicable ratione temporis vu l'art. 83 LPGA).

A/3436/2020 - 13/13 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.