



POUVOIR JUDICIAIRE

A/524/2021

ATAS/1345/2021

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 décembre 2021

4^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à MEYRIN, représenté par le
syndicat SIT

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Antonio Massimo DI TULLIO et
Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseur•e•s**

EN FAIT

- A.** **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant) est né le _____ 1974, ressortissant kosovar et célibataire.
- b.** Le 28 janvier 2019, l'office cantonal de la population et de la migration (ci-après : l'OCPM) a attesté que l'intéressé résidait sur le territoire genevois dans l'attente d'une décision définitive sur l'octroi ou la prolongation de son autorisation de séjour, précisant que cette attestation ne valait pas titre de légitimation.
- c.** L'intéressé s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) le 21 juin 2019 pour une activité à 100% et a précisé à cette occasion qu'il était arrivé à Genève le 28 août 1997 et qu'une demande de régularisation était en cours à l'OCPM.
- d.** L'intéressé a produit un contrat de travail établi entre lui et B_____ Sàrl, à Meyrin, à teneur duquel il était engagé en qualité de peintre à l'heure sur appel depuis le 18 novembre 2019.
- e.** Le 3 juin 2020, le service juridique de l'OCE a demandé à l'OCPM si l'intéressé était toujours autorisé à travailler.
- f.** Par courriel du 9 juin 2020, l'OCPM a répondu au service juridique de l'OCE que si une entreprise lui demandait une autorisation de travail en faveur de l'intéressé, il ne pourrait pas répondre positivement à cette dernière.
- g.** Par décision du 11 juin 2020, le service juridique de l'OCE a déclaré l'intéressé inapte au placement dès le 21 juin 2019, considérant qu'il était établi que celui-ci n'était pas autorisé à travailler et qu'il ne remplissait de ce fait pas les conditions de l'aptitude au placement.
- B.** **a.** Le 9 juillet 2020, l'intéressé, assisté d'un secrétaire syndical du syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), a demandé l'annulation de la décision du 11 juin 2020, faisant valoir que dans son courriel du 21 juin 2020, l'OCPM n'avait pas précisé dans quelle temporalité une éventuelle demande d'autorisation de travail aurait pu lui être refusée. Il avait demandé à celui-ci de se déterminer sur cette question et le 3 juillet 2020, l'OCPM lui avait répondu avoir constaté son inaptitude au placement le 9 juin 2020 et que cette décision n'avait pas d'effet rétroactif. L'intéressé avait été apte au placement jusqu'à cette date.

L'intéressé a transmis au service juridique de l'OCE :

- le courriel adressé le 2 juillet 2020 par son conseil à Monsieur C_____, chef de secteur du service Protection, Asile, Retour de l'OCPM, lui demandant de lui préciser la date de l'inaptitude au placement constaté par l'OCPM, étant rappelé que l'OCE avait considéré que l'intéressé était inapte au placement avec effet rétroactif au 21 juin 2019. Or, il semblait à teneur de leurs échanges

que l'intéressé aurait pu être autorisé à travailler jusqu'à la découverte récente de certains faits ;

- un courriel du 2 juillet 2020 par lequel M. C_____ répondait avoir discuté avec son chef et qu'ils étaient tous les deux sceptiques quant à la possibilité réelle qu'aurait l'OCPM à préavis un placement ou autoriser une personne à travailler. Il devait prendre contact avec la direction de l'OCPM et le service juridique avant de lui répondre, ce qui pourrait prendre deux ou trois semaines ;
- un courriel du 3 juillet 2020, dans lequel M. C_____ confirmait au conseil de l'intéressé que l'inaptitude de ce dernier avait été constatée par l'OCPM le 9 juin 2020 et qu'elle n'avait pas d'effet rétroactif. L'intéressé devait être considéré comme apte au placement jusqu'à cette date.

b. Par courriel du 28 septembre 2020, le service juridique de l'OCE a demandé l'OCPM de lui confirmer que depuis le premier jour contrôlé, à savoir dès le 21 juin 2019 date de l'inscription de l'intéressé à l'OCE, ce dernier aurait pu obtenir un permis de travail/séjour et si l'octroi d'un tel permis était automatique ou à certaines conditions à examiner par l'OCIRT.

c. L'OCE a demandé le 15 décembre 2020 à M. C_____ s'il entendait organiser un contact téléphonique avec sa hiérarchie pour discuter du cas ambigu de ce dossier. Sinon pouvait-il confirmer si l'intéressé pouvait un permis de travail et à quelles conditions.

d. Par courriel du 5 janvier 2021, M. C_____ a répondu au service juridique de l'OCE qu'il ressortait de sa discussion avec la directrice du service juridique de l'OCPM que les questions de principe relatives aux informations communiquées entre offices devaient être discutées entre directions générales et non à son niveau. Il avait donc informé sa direction générale de leur conversation et lui avait laissé le soin de revenir vers lui sur ce point. Pour ce qui était de l'intéressé, « il n'était tacitement autorisé à travailler de manière temporaire et était donc plaçable par le chômage qu'à compter du jour du dépôt de sa demande de prise d'emploi et de permis de séjour, à savoir le 14 novembre 2018. Il n'avait aucun droit automatique à un permis de séjour et devait remplir les conditions d'un cas de rigueur. Son dossier faisait actuellement l'objet d'une instruction approfondie en raison de certaines pièces discutables ».

e. Par décision sur opposition du 18 janvier 2021, l'OCE a rejeté l'opposition du 9 juillet 2020 et confirmé sa décision du 11 juin 2020, considérant que bien que par courriel du 3 juillet 2020, l'OCPM avait confirmé que l'intéressé était apte au placement jusqu'à la date de constatation de son inaptitude au placement, soit le 9 juin 2020, et que cette constatation n'avait pas d'effet rétroactif, l'aptitude au placement ne relevait pas de la compétence de l'OCPM. Attendu que ce dernier avait confirmé par courriel du 5 janvier 2021 que l'intéressé n'avait aucun droit automatique à un permis de séjour, qu'il devait remplir les conditions d'un cas de rigueur et que son dossier faisait actuellement l'objet d'une instruction

approfondie en raison de certaines pièces discutables, c'était à raison que le service juridique avait retenu que l'intéressé était inapte au placement rétroactivement au 21 juin 2019. En effet, il n'avait pas d'autorisation de travail lui permettant d'accepter une offre d'un employeur potentiel, son dossier étant toujours en cours d'instruction auprès de l'OCPM, l'autorité compétente pour accorder un permis de séjour de travail.

- C. a.** Le 15 février 2021, l'intéressé a formé recours contre la décision sur opposition précitée concluant, préalablement, à l'audition d'un représentant du service juridique de l'OCPM et, principalement, à l'annulation de la décision sur opposition du 18 janvier 2021. Subsidiairement, il concluait à ce qu'il soit dit que l'inaptitude au placement ne pouvait au mieux intervenir qu'à partir du 9 juin 2020. Le recourant faisait valoir que si l'OCPM n'avait pas la qualité pour juger de l'aptitude au placement, qui était de la compétence de l'OCE, il n'en demeurerait pas moins que dans certaines situations il était amené à collaborer avec les services de l'OCE pour déterminer si les personnes au chômage pouvaient être autorisées à travailler lorsqu'une demande de renouvellement d'autorisation de séjour ou d'octroi d'autorisation de séjour était en cours d'examen. Tel était son cas, puisqu'il avait déposé une demande de régularisation de ses conditions de séjour pour cas de rigueur. L'instruction de ce genre de demande prenant généralement plusieurs mois, il était de pratique constante à Genève, lorsque la personne concernée tombait au chômage, que l'OCPM informe l'ORP ou les caisses de chômage, à leur demande, qu'une autorisation de travail pourrait être accordée en cas de prise d'emploi.

L'OCPM, dans son courriel du 3 juillet 2020, avait confirmé cette pratique, à savoir qu'une autorisation de travail aurait été accordée à l'intéressé jusqu'au 9 juin 2020. En conséquence et jusqu'à cette date, celui-ci remplissait les conditions concernant l'aptitude au placement de la LACI. Il n'était pas dénué d'autorisation de séjour, se trouvait sans emploi et était apte au placement, notamment en raison du fait que l'OCPM aurait été en mesure de lui accorder une autorisation de travail si un employeur s'était montré disposé à l'engager.

Le fait que l'OCE ait pris des renseignements de l'OCPM afin de déterminer si l'intéressé pouvait être autorisé à travailler allait très clairement dans ce sens. Le fait que l'intimé ait attendu près d'un an après son inscription au chômage avant de le faire et qu'il ait pour le surplus mal interprété la réponse de l'OCPM constituait des erreurs d'instruction.

b. Le 11 mars 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c. Lors d'une audience devant la chambre de céans du 20 octobre 2021 :

- la directrice du service juridique de l'OCPM, entendue en qualité de témoin, a indiqué que c'était dans le cadre du programme Papyrus que le recourant avait déposé sa demande d'autorisation de séjour, ou en tout cas à cette période. Le service concerné avait établi la pratique de refuser l'autorisation

de travailler à certaines des personnes demandant la régularisation de leur dossier, lorsque leur dossier comportait des pièces qui pourraient être des faux, comme cela avait été le cas pour le recourant. Il s'était avéré en effet que dans un certain nombre de dossiers Papyrus, de faux certificats de salaires avaient été produits. Au début, la direction de l'OCPM n'avait pas eu connaissance de la nouvelle pratique du service concerné. Par la suite, elle avait pris une directive interne en février 2021, selon laquelle les personnes concernées par la nouvelle pratique devaient être autorisées à travailler jusqu'à la décision finale sur leur statut, en raison de la présomption d'innocence, par une décision, qui était temporaire et révoquable en tout temps. Du point de vue du témoin, l'OCPM n'aurait pas dû dire à l'OCE que le recourant ne pourrait pas être autorisé à travailler en cas de prise d'emploi. La directive n'avait rien prévu pour les décisions passées et aucune mesure n'avait été prise pour les corriger. Si un employeur avait souhaité employer le recourant pendant la période courant du 9 juin 2020 à février 2021, l'autorisation de travail n'aurait pas été accordée, à tort en l'occurrence. Il y avait eu un gros moment de flou en raison de la nouvelle pratique qu'avait prise le service concerné, sans en référer à la hiérarchie. Cette période avait duré en tout cas de juin 2020 à février 2021.

- La représentante de l'intimé a maintenu sa décision pour la période du 9 juin 2020 au 31 janvier 2021, date de l'annulation du dossier du recourant.
- Le recourant a maintenu son recours en l'amplifiant, considérant qu'il aurait dû être autorisé à travailler pendant toute la période pendant laquelle il avait été inscrit au chômage.

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. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant dès le 21 juin 2019.
- 4.

4.1 Dès lors que les ressortissants du Kosovo, dont fait partie le recourant, ne tombent pas sous le champ d'application de l'accord du 21 juin 1999 entre la

Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP – RS 0.142.112.681) entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, et que la Convention de sécurité sociale, conclue le 8 juin 2018 entre la Suisse et le Kosovo (RS 0.831.109.763.1) ne concerne pas l'assurance-chômage, le litige doit être examiné exclusivement à la lumière du droit suisse.

4.2 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.

Aux termes de l'art. 13 al. 1 LPGA, le domicile d'une personne est déterminé selon les art. 23 à 26 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC – RS 210) (al. 1). Une personne est réputée avoir sa résidence habituelle au lieu où elle séjourne un certain temps même si la durée de ce séjour est d'emblée limitée (al. 2).

L'art. 12 LACI dispose qu'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.

Il découle de l'art. 12 LACI que seules les autorisations de séjour habilitant leur titulaire à exercer une activité lucrative permettent de considérer qu'un chômeur est domicilié en Suisse et a en principe droit à l'indemnité de chômage s'il remplit toutes les autres conditions du droit. Le type d'autorisation de séjour, en particulier le but du séjour, est dès lors déterminant (DTA 2002 p. 46 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_479/2011 du 10 février 2012 consid. 2.2; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage 2014, p. 118 n. 3).

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.

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 LEtr 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).

4.3 Pour être compatible avec les principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi (art. 8 et 9 Cst.), un changement de pratique administrative doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, c'est-à-dire rétablir une pratique conforme au droit, mieux tenir compte des divers intérêts en présence ou d'une connaissance plus approfondie des intentions du législateur, d'un changement de circonstances extérieures, de l'évolution des conceptions juridiques ou des mœurs. Les motifs doivent être d'autant plus sérieux que la pratique suivie jusqu'ici est ancienne. À défaut, elle doit être maintenue (ATF 135 I 79 consid. 3; 132 III 770 consid. 4 et la référence; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.2). Une pratique qui se révèle erronée ou dont l'application a conduit à des abus répétés ne peut être maintenue (ATF 124 V 124 consid. 6a ; ATF 124 V 387 consid. 4c; voir aussi ATF 125 II 163 consid. 4c/aa).

5. En l'espèce, la décision querellée a été prise après que l'intimé a reçu le courriel l'OCPM du 5 janvier 2021, qui n'était pas clair, voire contradictoire avec celui du 3 juillet 2020. Dans ces circonstances, l'intimé aurait dû prendre contact avec la direction du service juridique de l'OCPM pour éclaircir la situation. Au vu des déclarations de la directrice de ce service à la chambre de céans, il apparaît que le service concerné de l'OCPM avait changé de pratique pendant la période en cause pour des motifs qui n'étaient ni sérieux ni objectifs. Il serait par conséquent contraire au principe de la bonne foi de confirmer la décision querellée, qui est fondée sur cette nouvelle pratique, alors que selon la pratique précédente de l'OCPM, qui était constante et qui a été reprise depuis février 2021, le service concerné aurait répondu à l'intimé que le recourant pourrait obtenir l'autorisation de travailler s'il trouvait un emploi.

6. En conséquence, le recours sera admis et la décision querellée annulée.

Le recourant obtenant ainsi gain de cause et étant assisté d'un conseil, il a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 2'000.- et mis à la charge de l'intimé (art. 61 let. g LPGA).

La procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 18 janvier 2021.
4. Alloue au recourant une indemnité pour ses dépens de CHF 2'000.-, à la charge de l'intimé.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Isabelle CASTILLO

Catherine TAPPONNIER

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