

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1258/2005

ATAS/577/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

6^{ème} Chambre

du 30 juin 2005

En la cause

Monsieur S_____, domicilié à Carouge, représenté par _____ recourant
Madame A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, groupe réclamations, _____ intimé
domicilié route de Meyrin 49; case postale 288, 1211 Genève 28

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et
Juliana BALDE, Juges.**

EN FAIT

1. Monsieur S _____, né en 1967, s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi et un délai cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 21 janvier 2004 au 20 janvier 2006.
2. L'assuré, représenté par sa mère, Madame A _____ a requis par téléphone en date du 30 juin 2004 une dispense pour cas de rigueur du paiement des cotisations aux prestations complémentaires en cas de maladie (PCM).
3. Par courrier du 30 juin 2004, l'OCE a demandé à l'assuré une série de documents afin d'examiner son droit à ladite dispense tout en précisant que sa demande ne pouvait avoir effet que dès juillet 2004.
4. Le 3 juillet 2004, la mère de l'assuré a écrit à l'OCE qu'il existait un problème d'informations aux chômeurs. Elle avait bien reçu suite à sa demande du 28 juin 2004 une brochure bleue sur les PCM qui parlait de la dispense du paiement des cotisations PCM mais il n'existait pas de formulaire de demande de dispense comme cela était le cas pour la « demande d'exemption PCM ». Elle ne pensait pas que son fils avait reçu cette brochure. Selon elle, il incombait aux conseillers en personnel d'attirer l'attention des chômeurs sur leurs droits et une information tardive devait entraîner la rétroactivité des prestations.
5. Le 7 juillet 2004, l'OCE a répondu à la mère de l'assuré qu'il ne pouvait que confirmer les termes de leur entretien du 30 juin 2004.
6. Le 5 août 2004, l'OCE a accepté la demande de l'assuré en le dispensant du paiement des cotisations PCM pour les mois de juillet, août et septembre 2004, et en indiquant que sa situation serait revue en décembre 2004.
7. Le 17 décembre 2004, l'OCE, faisant suite à une conversation téléphonique avec la mère de l'assuré, a confirmé à celui-ci que « les dispenses de cas de rigueur » se validaient au moment de leur demande écrite, et non rétroactivement depuis l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation.
8. Le 22 décembre 2004, la mère de l'assuré a demandé à l'OCE une dispense également pour les mois de janvier à juin 2004 au motif que son fils n'avait pas reçu l'information adéquate en janvier 2004.
9. Le 31 janvier 2005, le groupe réclamations de l'OCE a enregistré le courrier précité comme une opposition à la décision du 17 décembre 2004 de l'OCE.
10. Le 5 janvier 2005, l'OCE a dispensé l'assuré de paiement des cotisations PCM pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2004 et le 17 mars 2005 pour les mois de janvier, février et mars 2005.

11. Le 24 mars 2005, la mère de l'assuré a écrit à l'OCE que les conseillers personnels, les chefs de groupe et même les services juridiques ignoraient la possibilité d'une dispense et demandait en conséquence à ce qu'il soit remédié à ce problème.
12. Le 22 mars 2005, l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré en relevant que celui-ci avait été informé lors de son inscription à l'OCE au moyen de la brochure intitulée « les prestations cantonales en cas de maladie (PCM) en 10 questions » de la possibilité de demander la dispense du paiement des primes. Il s'agissait en matière de PCM d'une assurance complémentaire cantonale et il appartenait donc aux assurés de s'adresser à la section PCM pour obtenir les informations idoines en la matière. La rétroactivité de la demande n'était pas prévue, et la dispense ne pouvait donc prendre effet que dès la demande de l'assuré.
13. Le 20 avril 2005, l'assuré a recouru contre cette décision au Tribunal cantonal des assurances sociales en concluant à son annulation et à l'octroi de la dispense de paiement des cotisations depuis janvier 2004.

Il a relevé que le 30 juin 2004, sa mère avait découvert fortuitement dans un règlement qu'une dispense de cotisations PCM était possible. Elle avait aussitôt saisi l'OCE d'une telle demande. Il n'était pas du tout certain qu'il ait reçu la brochure relative aux PCM, l'OCE n'en rapportait d'ailleurs pas la preuve. Il n'avait en tous les cas pas reçu la fourre de documents qui avait été remise à sa mère en juin 2004. En revanche, en 2003, alors qu'il était déjà inscrit à l'OCE, il avait reçu une lettre-circulaire PCM l'avertissant uniquement qu'il n'avait pas besoin de cotiser aux PCM s'il bénéficiait d'une assurance privée perte de gain. On ne comprenait pas pourquoi la circulaire relative aux PCM ne mentionnait pas la dispense de cotisations PCM pour cas de rigueur. Les droits des chômeurs n'étaient pas clairs, même pour un connaisseur. L'information reçue était donc manifestement incomplète. Par ailleurs, l'art. 15B du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 3 décembre 1984 (RC) n'excluait pas la rétroactivité. Il y avait au demeurant de toute façon une forme de rétroactivité puisque les décisions se prenaient « en cours de route ».

14. Le 13 mai 2005, l'intimé a conclu au rejet du recours en alléguant que tous les assurés recevaient lors de leur inscription à l'OCE une série de documents dont le fascicule intitulé « les PCM en 10 questions » dans lequel la dispense du paiement des primes était mentionnée. De nature exceptionnelle, la dispense ne devait pas être accordée de manière rétroactive, bien que rien ne fût prévu dans la loi à ce propos. Tout assuré devait donc la solliciter immédiatement. L'intimé a joint au dossier la brochure bleue intitulée « les PCM en 10 questions » laquelle mentionne sous « dispense de paiement des primes » les conditions auxquelles une telle dispense est soumise.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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. 2 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 49 al. 3 de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LC), en matière de prestations cantonales complémentaires.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente le recours est recevable (art. 49 al. 3 LC).
4. a) La LC prévoit que peuvent bénéficier des prestations en cas d'incapacité passagère de travail, totale ou partielle, les chômeurs qui ont épuisé leur droit aux indemnités journalières pour maladie ou accident, conformément à l'article 28 de la loi fédérale (art. 8).

Sont assurés à titre obligatoire contre le risque de perte de gain en cas de maladie ou d'accidents, les chômeurs qui sont indemnisés par une caisse de chômage en vertu de la loi fédérale et qui sont domiciliés dans le canton de Genève (art. 9 al. 1).

Sont dispensés de l'obligation d'assurance les chômeurs qui, au moment de leur affiliation à l'assurance-chômage, sont en mesure de prouver à l'autorité compétente qu'ils disposent déjà d'une assurance perte de gain en cas de maladie ou d'accident offrant des prestations au moins équivalentes, en qualité et en durée, et que cette couverture va perdurer (art. 9 al. 6). La cotisation à l'assurance perte de gain est prélevée par les caisses de chômage, par le biais d'une déduction sur le montant des indemnités de chômage, dès le 1^{er} jour donnant droit à celles-ci (art. 10 al. 1).

La cotisation est due pendant les jours de suspension et les périodes pendant lesquelles le chômeur réalise un gain intermédiaire. La cotisation est également due pendant les délais d'attente, sous réserve du délai d'attente visé par les articles 14, alinéa 4, de la loi fédérale et 6, alinéa 1, de l'ordonnance fédérale. Elle continue à être prélevée sur les prestations versées durant les périodes d'incapacité (art. 10 al. 2 à 4).

Si le montant de l'indemnité versée est inférieur au montant de la cotisation à prélever, et ne permet de ce fait pas le prélèvement direct intégral par la caisse de chômage, l'assuré doit acquitter le solde du montant de la cotisation. Demeurent réservés les cas de rigueur. Le Conseil d'Etat règle la procédure (art. 10A al. 3).

La première version de l'art. 10A al. 3 LC ne comprenait pas la mention « demeurent réservés les cas de rigueur ». Celle-ci a en effet été ajoutée par un amendement voté en Commission (MGC 2001-2002 / IV a 2 727). Aucun commentaire n'a été fait à propos de cet amendement. Cet article est entré en vigueur le 1^{er} février 2003.

Enfin, l'article 15B RC, également entré en vigueur le 1^{er} février 2003, prévoit que lorsque la cotisation due ne peut être intégralement retenue sur le montant de l'indemnité versée, l'autorité compétente facture directement à l'assuré la partie non réglée (al.1). L'assuré qui fait valoir un cas de rigueur au sens de l'art. 10A, al. 3, de la loi peut être dispensé du paiement de la cotisation. La situation est revue tous les 3 mois. La dispense est révoquée lorsque l'assuré ne fournit pas, dans un délai de 30 jours, les documents ou renseignements demandés par l'autorité compétente (al. 2). Se trouvent dans un cas de rigueur les personnes : a) qui apportent la preuve de leur insolvabilité ; b) dont le revenu du groupe familial ou des personnes faisant ménage commun est inférieur aux normes d'insaisissabilité (al. 3).

b) Il est à constater que ni la LC ni le RC ne fixent de délai dans lequel la demande de dispense du paiement des primes doit être formée. L'intimé en conclut que la demande de dispense doit lui être communiquée immédiatement par chaque assuré au début du délai-cadre dès lors que ce dernier reçoit l'information adéquate au moyen de la brochure bleue « les PCM en 10 questions », alors que le recourant estime que rien n'interdit de faire bénéficier de ladite dispense un assuré de façon rétroactive dès le dépôt de sa demande.

5. a) Dans le cadre de la LC, l'octroi de prestations liées à une annonce préalable de l'assuré est généralement soumis au respect d'un délai. Il en est ainsi de la demande de prestations PCM (délai de 5 jours à compter de l'inaptitude au placement – art. 14 al. 1 LC), la demande de stage professionnel de réinsertion (délai de 3 mois dès l'épuisement du droit aux indemnités fédérales – art. 24 al. 2 LC), la demande d'une allocation de retour en emploi (délai de 3 mois dès l'épuisement du dernier délai-cadre d'indemnisation – art. 33 LC), la demande d'un emploi temporaire (délai de 3 mois dès l'épuisement du droit aux indemnités fédérales – art. 42 al. 1 let. g LC), la demande de séjour hors du domicile (délai à présenter avant le départ – art. 19 al. 3 RC). S'agissant de la demande de dispense des cotisations PCM, objet du présent litige, la LC ne prévoit donc aucun délai, alors même qu'il s'agit d'une demande pouvant être assimilée aux demandes de prestations précitées.

b) Une véritable ou authentique lacune (lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune authentique appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 125 III 427 consid. 3a et les arrêts cités; cf. aussi ATF 127 V 41 consid. 4b/cc et 124 V 348 consid. 3b/aa; ATFA du 19 octobre 2001, cause K 66/01).

c) En l'espèce, le fait que ni la LC ni le RC ne fixe de délai pour faire valoir un cas de rigueur au sens de l'art. 10A al. 3 LC a comme conséquence non pas, comme le prétend l'intimé, que l'assuré doit déposer sa demande immédiatement mais bien que le cas de rigueur doit pouvoir être admis en tout temps, sous réserve de l'abus de droit, c'est-à-dire d'une demande qui serait effectuée contrairement aux règles de la bonne foi. Il y a ainsi lieu d'admettre que l'on se trouve en présence d'un silence qualifié de la loi et non pas d'une lacune authentique qu'il conviendrait de combler. A cet égard, le Tribunal de céans constate que l'interprétation de l'intimé selon laquelle la demande de dispense doit être formée immédiatement ne saurait être suivie car, d'une part, aucun délai ne figure comme on l'a vu dans la loi et, d'autre part, elle implique à la charge des assurés une obligation de diligence disproportionnée que la LC et le RC n'ont pas pu vouloir. En effet, elle leur impose non seulement de lire toute la documentation fournie par l'OCE le premier jour d'indemnisation par le chômage mais encore de déposer ce même jour la demande de dispense, faute de quoi celle-ci ne pourrait prendre effet dès le premier jour d'indemnisation – correspondant aussi au moment à partir duquel une déduction est opérée afin de financer la cotisation PCM (art. 10 al. 1 LC) – et cela quand bien même les assurés rempliraient les conditions d'obtention de ladite dispense.

6. Le recourant ayant déposé, par l'intermédiaire de sa mère, sa demande de dispense de cotisations en date du 30 juin 2004, l'intimé se devait d'examiner son droit à ladite dispense dès le 1^{er} janvier 2004, la demande en cause déposée six mois après l'ouverture de son droit à l'indemnité n'étant, au vu des circonstances du cas, manifestement pas constitutive d'un abus de droit.
7. Enfin, le recourant se prévaut encore du défaut d'information de la part de l'intimé. La question des conséquences d'un éventuel défaut d'information de la part de l'autorité peut rester ouverte vu l'issue du litige.

8. Partant, le recours sera admis, la décision sur opposition du 22 mars 2005 annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour nouvelle décision au sens des considérants.

Aucune indemnité ne sera allouée au recourant dès lors qu'il ne remplit pas les conditions auxquelles une partie qui agit dans sa propre cause peut prétendre des dépens pour l'activité personnelle qu'elle a déployée ainsi que pour sa perte de temps ou de gain (ATF 110 V 82). En effet, le fait d'être représenté par sa mère, au sens de l'art. 9 al. 1 LPA, n'équivaut pas à une représentation par un mandataire professionnel qualifié laquelle donne droit à des dépens et doit donc être assimilé à une partie qui agit dans sa propre cause.

**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.
3. Annule la décision sur opposition du 22 mars 2005.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle décision au sens des considérants.

La greffière :

Nancy BISIN

La Présidente :

Valérie MONTANI

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