

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1336/2005

ATAS/710/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

5^{ème} Chambre

du 31 août 2005

En la cause

Monsieur F _____

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de
Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2

intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Monsieur F _____ s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) le 1^{er} septembre 2003 et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date jusqu'au 31 août 2005.
2. Par décision du 17 octobre 2003, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) lui a refusé le paiement des indemnités journalières, décision qu'elle a confirmée, sur opposition de l'assuré, le 30 octobre 2003. Sur recours de ce dernier, le Tribunal de céans a, par arrêt du 8 septembre 2004, annulé la décision sur opposition et mis le recourant au bénéfice des prestations de chômage à partir du 1^{er} septembre 2003.
3. Pendant la procédure judiciaire, l'assuré a continué à retirer à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) les cartes de contrôle pour les mois de septembre 2003 à janvier 2004, ainsi que pour les mois de mars et avril 2004. Par la suite, il s'est fait remettre tous les mois jusqu'en octobre 2004 les formulaires intitulés « Indication de la personne assurée pour le mois de .. » (ci-après : carte IPA). Il a par ailleurs envoyé à la caisse ces cartes de contrôle et cartes IPA dûment complétées, datées et signées à la fin du mois de contrôle concerné ou au début du mois suivant celui-ci.
4. Le 27 octobre 2004, la caisse a payé à l'assuré les indemnités journalières rétroactives aux mois de septembre 2003 à janvier 2004 et de mars à octobre 2004.
5. Concernant le mois de février 2004, la caisse a communiqué à l'assuré en novembre 2004 qu'elle n'était pas en possession de la carte de contrôle y relative. Elle lui a délivré ce même mois un duplicata de cette carte. Sur celle-ci, l'ORP avait déjà indiqué les jours pendant lesquels l'assuré avait réalisé un gain intermédiaire pendant le mois de février 2004. Ce dernier a envoyé ce duplicata en novembre 2004 à la caisse, dûment daté et signé, ainsi qu'accompagné de l'attestation de gain intermédiaire datée du 7 mars 2004 de la société X _____.
6. Par décision du 18 novembre 2004, la caisse a refusé à l'assuré les indemnités pour le mois de février 2004, au motif que la carte de contrôle y relative ne lui était parvenue qu'en date du 16 novembre 2004. Or, en vertu de la loi, le droit aux indemnités s'éteignait s'il n'était pas exercé dans les trois mois suivant la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapportait.
7. Par lettre du 24 novembre 2004, reçue le 25 suivant, l'assuré a fait opposition à cette décision. Il a fait valoir qu'il avait déposé la carte de contrôle du mois de février, accompagnée de l'attestation de gain intermédiaire d'X _____ au guichet de la caisse au début du mois de mars 2004. Cependant, ce document avait par la suite apparemment disparu des services de la caisse. Il attribue cet égarement

au fait que son dossier se trouvait au Groupe réclamations de la caisse pendant la procédure judiciaire relative au premier refus de prestations du 17 octobre 2003 et au renvoi du dossier, à la fin de cette procédure, à un autre service. Par ailleurs, l'assuré fait valoir qu'il n'avait pas pu se rendre compte de la disparition de la carte de contrôle en cause, dans la mesure où le paiement des indemnités journalières avait été suspendu jusqu'à l'entrée en force de chose jugée de l'arrêt du Tribunal cantonal des assurances du 8 septembre 2004. Ainsi, il avait été empêché de faire le nécessaire éventuellement avant l'échéance du délai légal de trois mois. Il lui semblait par ailleurs illogique qu'il eût fait parvenir à la caisse toutes les cartes de contrôle dans les délais, sauf celle du mois de février 2004, alors même qu'il s'était fait attester le gain intermédiaire relatif à ce mois par X_____ le 7 mars 2004.

8. Par décision sur opposition du 24 mars 2005, la caisse a rejeté celle-ci. Outre les motifs invoqués précédemment, elle a relevé qu'il appartenait aux parties d'apporter, dans la mesure où cela pouvait raisonnablement être exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige des faits invoqués, faute de quoi elles risquaient de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve. L'expéditeur, soit en l'occurrence, l'assuré, devait supporter les conséquences de l'absence de preuve de l'envoi d'un courrier. Or, en l'occurrence, l'assuré n'avait pas été en mesure de démontrer qu'il lui avait remis sa carte de contrôle du mois de février 2004 dans le délai légal de trois mois. Il n'avait pas non plus fait valoir un cas de force majeure.
9. Par acte du 27 avril 2005, reçu le 28 suivant, l'assuré a recouru contre cette décision, en concluant à son annulation et à l'octroi des indemnités pour le mois de février 2004. Il a repris son argumentation antérieure et souligné que l'ORP lui avait délivré en novembre 2004 un duplicata de la carte de contrôle du mois de février 2004 et non pas la carte originale, ce qui signifiait que cet office avait dû lui remettre l'original de la carte déjà auparavant. Par ailleurs, sur ce duplicata, l'ORP avait indiqué les jours pendant lesquels il avait réalisé un gain intermédiaire, conformément à l'attestation de son employeur de l'époque. Ces informations avaient donc déjà dû être communiquées à l'ORP avant l'envoi du duplicata. Le recourant a en outre considéré qu'il avait été empêché d'envoyer la carte dans les délais en raison d'un cas de force majeure, dans la mesure où il ne pouvait se douter de la disparition de la carte, à cause du paiement rétroactif des prestations. En outre, aucun reçu attestant du dépôt d'un document n'était délivré, lorsqu'il était donné en main propre au guichet. Le recourant s'est dès lors indigné qu'on lui demande une preuve qui n'existait pas. Il a en outre indiqué que Madame KUGLER, juriste à la caisse, lui avait téléphoné en juin 2004 pour lui demander pourquoi il n'avait pas rendu les cartes IPA d'avril et de mai 2004. Après recherche, ces cartes ont été cependant retrouvées. Par ailleurs, Madame KUGLER ne lui avait pas signalé à cette occasion l'absence de la carte de contrôle de février 2004. La société Elite X_____ lui avait enfin fait remarquer qu'elle lui avait déjà donné une attestation de gain intermédiaire en mars 2004, lorsqu'il lui avait redemandé cette

attestation en novembre 2004. Au vu de tous les éléments du dossier, il paraissait dès lors bien plus probable, aux yeux du recourant, qu'il avait également rendu la carte de contrôle en cause au début du mois de mars 2004.

10. Dans sa réponse du 27 mai 2005, l'intimée a implicitement conclu au rejet du recours, en se référant à son argumentation antérieure.
11. Par réplique du 20 juin 2005, le recourant a persisté dans ses conclusions, en reprenant les mêmes griefs.
12. Le 29 juin 2005, l'intimée a été entendue en comparution personnelle. Elle a alors expliqué que les assurés doivent se présenter à l'ORP une fois par mois et retirer la carte de contrôle. A cette occasion, ils indiquent à l'employé au guichet pendant quels jours ils ont éventuellement été malades ou ont réalisé un gain intermédiaire. Ces informations sont ensuite inscrites à la machine par l'employé sur cette carte, avant qu'elle soit remise à l'assuré. Celui-ci avait l'obligation de la contrôler, dater, signer et envoyer dans un délai maximal de trois mois à la caisse. Depuis avril 2004, ce système a changé. Dès cette date, les assurés sont tenus de remplir un formulaire IPA qui est également remis par l'ORP. Ce formulaire est cependant complété par l'assuré à la main. Il appartient également à ce dernier de le renvoyer ensuite à la caisse. Le fait qu'un duplicata ait été envoyé au recourant pour février 2004 indique que la carte de contrôle lui avait été déjà remise auparavant. Toutefois, l'intimée a insisté sur le fait qu'elle n'a jamais reçu cette carte par la suite. Elle admet cependant que le recourant ait déjà dû donner les indications sur le gain intermédiaire réalisé en février 2004, avant l'envoi du duplicata. Si l'assuré n'envoyait pas les cartes de contrôle et IPA en LSI ou ne demandait pas de quittance au guichet, il lui était effectivement impossible de prouver les avoir transmises. Enfin, l'intimée a persisté à considérer que le recourant devait supporter l'absence de preuve de l'envoi de cette carte.
13. Par courrier du 4 juillet 2005, le recourant s'est excusé de son absence à l'audience de comparution personnelle précitée. Il a par ailleurs précisé qu'il avait posé à la personne au guichet de la caisse la question de la délivrance d'une attestation du dépôt d'un document et que celle-ci lui avait répondu qu'une quittance n'était jamais remise, que la caisse ne perdait jamais les documents et que de toute façon, s'il y avait un problème, les assurés le savaient, car ils ne touchaient pas leurs indemnités.

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. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) 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. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
4. Selon l'art. 20 al. 3 LACI, le droit à l'indemnité s'éteint s'il n'est pas exercé dans les trois mois suivant la fin de la période de contrôle, à laquelle il se rapporte. Chaque mois civil, pour lequel le chômeur prétend à des indemnités, constitue une période de contrôle, en vertu de l'art. 27a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le délai prévu à l'art. 20 al. 3 LACI a un caractère péremptoire (ATF 113 V 68 consid. 1b). Il peut néanmoins être restitué s'il existe une excuse valable pour justifier le retard. Aux termes de l'art. 29 al. 2 OACI, l'assuré fait valoir son droit à l'indemnité pour les périodes de contrôle, en présentant à la caisse l'extrait du fichier « Données de contrôle » ou la formule « Indication de la personne assurée » (let.a), les attestations relatives au gain intermédiaire (let. b) et tout autre document exigé par la caisse pour juger de son droit à l'indemnité (let.c). Cette règle n'est pas une simple prescription d'ordre, mais une condition formelle du droit à l'indemnité (ibidem).

L'art. 23 al. 3 OACI dispose par ailleurs que l'office compétent, soit à Genève, l'ORP, ouvre lors du premier entretien de conseil et de contrôle un fichier « Données de contrôle » ou remplit la formule « Indications de la personne assurée ». Dans ce fichier sont inscrits les jours ouvrables, pour lesquels l'assuré rend vraisemblable qu'il était au chômage et apte au placement, et tout élément pertinent pour la détermination du droit de l'assuré aux indemnités (maladie, service militaire, absence pour cause de vacances, participation à une mesure relative au marché du travail, gain intermédiaire, étendue de l'aptitude au placement, etc.), selon l'al. 2 de la disposition précitée.

5. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4^{ème} édition Berne 1984,

p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^{ème} édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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. 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. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). 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. 5 let. a).

Le maxime d'office applicable en droit des assurances sociales exclut le fardeau de la preuve, dans le sens de l'obligation d'apporter la preuve. Ainsi, les parties ne supportent le fardeau de la preuve que dans la mesure où la décision sera en leur défaveur en cas d'absence de preuves. Cette règle ne s'applique cependant qu'à partir du moment où il paraît impossible de procéder à une appréciation des preuves selon le principe de la plus grande vraisemblance (ATF 117 V 261 consid. 3b).

6. En l'occurrence, l'intimée est uniquement en possession du duplicata de la carte de contrôle du recourant afférente au mois de février 2004, duplicata qu'elle n'a reçu qu'en novembre 2004, soit largement après l'expiration du délai légal de trois mois pour faire valoir le droit à l'indemnité. Le recourant affirme cependant l'avoir déposée au guichet de la caisse au début du mois de mars 2004 déjà, accompagnée de l'attestation de gain intermédiaire de son employeur de l'époque.

Il résulte des pièces du dossier que, d'une part, l'ORP a dû livrer au recourant la carte de contrôle pour le mois en question déjà avant novembre 2004. En effet, à cette dernière date, seul un duplicata de cette carte a pu lui être délivré. D'autre part, il est incontestable que l'ORP avait déjà saisi avant novembre 2004 dans son fichier les jours de gain intermédiaire accomplis par le recourant en février 2004, conformément à l'art. 23 OACI, puisqu'il a pu les transcrire sur le duplicata, sans avoir eu besoin de demander au recourant à ce sujet les renseignements nécessaires. Il est à relever également que le recourant a fait attester son gain intermédiaire du mois en cause le 7 mars 2004. En outre, il est établi qu'il a satisfait aux mesures de contrôle et a fait valoir son droit à l'indemnité dans les délais légaux pendant toute la période de la procédure judiciaire qui s'étend de septembre 2003 à octobre 2004. Seule la carte de contrôle de février 2004 est manquante. Il n'est pas non plus contesté que l'intimée ne délivre en règle générale pas une quittance lors du dépôt d'un document au guichet, de sorte qu'il ne saurait être reproché au recourant de ne pas avoir prouvé avoir transmis cette carte. Enfin, il convient d'admettre qu'une erreur de manipulation des pièces d'un dossier ne peut jamais être totalement exclue et qu'il peut tout à fait arriver à l'administration d'égarer une pièce, laquelle peut notamment se glisser dans un autre dossier. Un tel risque est accru lorsque le

dossier passe par différents services, comme en l'espèce en raison de la procédure judiciaire précédente.

Au vu de ces éléments, le Tribunal de céans estime qu'il est en l'occurrence hautement vraisemblable que le recourant a envoyé la carte de contrôle de février 2004 au début du mois suivant à l'intimée, tel qu'il l'a toujours allégué, et que cette pièce s'est égarée.

Aussi convient-il de considérer qu'il a exercé son droit aux prestations dans le délai légal, et de lui reconnaître les indemnités pour le mois de février 2004.

9. Le recours sera dès lors admis et la décision litigieuse annulée.

**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 de l'intimée du 24 mars 2005 ;
4. Octroie au recourant le droit aux indemnités de l'assurance-chômage pour le mois de février 2004 ;
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 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).

La greffière

La Présidente :

Nancy BISIN

Maya CRAMER

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