

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2049/2009

ATAS/1210/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 6 octobre 2009

En la cause

Madame J _____, domiciliée à Genève, représentée par le
CENTRE DE CONTACT SUISSES-IMMIGRES

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis
Glacis-de-Rive 6, case postale 3039, 1211 Genève 3

intimé

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame J_____ s'est inscrite auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (OCE) et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 1^{er} octobre 2007. Présentant une incapacité entière de travail dès le 1^{er} novembre 2007, son dossier a été transmis au Service des mesures cantonales, section PCM. L'assurée a recouvré une capacité de travail de moitié dès le 1^{er} mars 2008. Elle a été examinée par le Dr L_____, médecin-conseil de l'OCE, le 8 septembre 2008. Celui-ci a considéré qu'elle serait capable de travailler à 100% dès le 29 septembre 2008 dans une activité adaptée à son état de santé.
2. Par décision du 15 septembre 2008, le Service des mesures cantonales, section PCM, a informé l'assurée qu'elle cesserait le versement de ses prestations au 29 septembre 2008.
3. Par courrier du 21 février 2009, l'assurée, représentée par le Centre de Contact Suisses-Immigrés, a sollicité le réexamen de sa situation, vu l'aggravation de son état de santé survenue à la suite d'un faux-mouvement effectué le 21 septembre 2008. Elle a à cet égard produit un certificat établi par son médecin traitant le 25 septembre 2008, selon lequel son incapacité de travail était de 100% dès le 21 septembre 2008.
4. Le 27 février 2009, la section PCM a déclaré qu'elle ne pouvait pas entrer en matière quant à la demande de l'assurée, dès lors que celle-ci n'avait pas contesté la décision du 15 septembre 2008 en temps utile.
5. L'assurée a formé opposition le 27 mars 2009. Elle a expliqué qu'elle n'avait pas pu contester la décision du 15 septembre 2008 puisqu'elle n'avait vu son médecin que le 25 septembre 2008 et que les examens médicaux relatifs à son faux-mouvement n'avaient été effectués par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) qu'ultérieurement. Elle avait alors subi une intervention chirurgicale le 13 mars 2009, le diagnostic de rupture du tendon de l'épaule droite ayant été posé.
6. Par décision du 15 mai 2009, l'OCE a rejeté l'opposition, considérant que l'aggravation de l'état de santé alléguée était survenue dans les 30 jours d'opposition, et que rien n'empêchait l'assurée de s'adresser dans ce délai à la section PCM.
7. L'assurée, toujours par l'intermédiaire de son mandataire, a interjeté recours le 13 juin 2009 contre ladite décision. Elle rappelle que lorsqu'elle a vu son conseiller en placement le 24 septembre 2008, elle lui a parlé de son faux-mouvement du 21 septembre et du fait qu'elle avait rendez-vous chez son médecin le lendemain. Elle affirme avoir remis le certificat du 25 septembre 2008 :

- à la personne en charge de son dossier au service des PCM, qui l'a cependant écarté, pensant qu'il s'agissait d'une manœuvre de sa part pour éluder la reprise à 100% ordonnée par le médecin-conseil,

- à son conseiller en placement, lequel, en réponse, a mis sur pied une mesure relative au marché du travail aux Etablissements publics pour l'intégration (EPI) du 10 novembre au 5 décembre 2008,

- ainsi qu'à la caisse, qui s'est bornée à lui indiquer que son cas relevait des PCM.

Elle conclut au versement des prestations dès le 25 septembre 2008 et jusqu'à son rétablissement complet.

8. Dans sa réponse du 8 juillet 2009, l'OCE a indiqué que si l'assurée avait fait valoir l'aggravation de son état de santé dans le délai de l'opposition, le médecin-conseil aurait à nouveau été interrogé sur la base du certificat du 25 septembre 2008 produit et aurait été en mesure, le cas échéant, de modifier son avis sans attendre les résultats des examens médicaux complémentaires requis par le médecin traitant.
9. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 15 septembre 2009. L'assurée a déclaré lors de l'audience que "j'ai été mise au bénéfice d'une mesure relative au marché du travail aux EPI. Je leur ai expliqué que j'étais incapable de travailler à 100% en raison du faux-mouvement à l'épaule droite subi le 21 septembre 2008. Ils ont tenté de joindre mon placeur, en vain. Ils m'ont alors confié des travaux sans effort physique et à effectuer de la main gauche. Ce qui fait que j'ai ensuite souffert du tendon de la main gauche. (...) J'ai envoyé le certificat médical du 25 septembre 2008 établi à la suite de mon faux-mouvement quelques jours après".

L'assurée a produit le courrier que lui avait adressé le service PCM le 12 novembre 2008, aux termes duquel "vous m'avez transmis un certificat médical attestant d'une nouvelle incapacité dès le 18 octobre 2008, je vous retourne ce certificat (ainsi que celui du mois de novembre 2008) afin que vous le transmettiez à votre caisse de chômage pour annoncer ladite nouvelle incapacité. En effet, vous deviez effectuer votre reprise au 29 septembre 2008, suite au préavis du médecin-conseil, raison pour laquelle votre incapacité dès le 18 octobre 2008 est à considérer comme un nouvelle incapacité à annoncer à votre caisse de chômage", ainsi que les attestations médicales des 3 et 26 novembre 2008 et 7 janvier 2009, précisant qu'elle n'avait pas parlé de celles-ci aux EPI.

La représentante de l'OCE a relevé qu'il n'y avait pas trace dans le dossier de l'assurée de l'envoi du certificat du 25 septembre 2008 avant février 2009. Elle a par ailleurs versé au dossier l'attestation des EPI selon laquelle il n'est pas question d'incapacité de travail, hormis un congé d'une demi-journée, nécessité par un

examen médical et de trois jours pour maladie selon certificat du 26 novembre 2008.

10. Sur ce la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.
3. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).
4. Le litige porte sur la question de savoir si le service des PCM était fondé à refuser de revenir sur la décision du 15 septembre 2008.
5. Il n'est pas contesté que ladite décision est entrée en force, l'assurée n'ayant pas formé opposition en temps utile.
6. En vertu de l'art. 53 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquentement des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant.

À teneur de cet article, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente. La révision procédurale est soumise aux délais prévus par l'art. 67 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA ; 172.021), applicable par renvoi de l'art. 55 al. 1^{er} LPGA, à savoir un délai relatif de nonante jours dès la découverte du motif de révision et un délai absolu de dix ans qui

commence à courir avec la notification de la décision (ATF non publié du 3 août 2007, I 528/06 consid. 4.2 et les références).

7. La notion de faits ou moyens de preuve nouveaux s'apprécie de la même manière en cas de révision (procédurale) d'une décision administrative (art. 53 al. 1 LPGA), de révision d'un jugement cantonal (art. 61 let. i LPGA) ou de révision d'un arrêt fondée sur l'art. 137 let. b OJ (actuellement art. 123 al. 2 let a LTF) (cf. arrêt D. du 28 avril 2005 [I 183/04], consid. 2.2 et les références).

Sont « nouveaux » au sens de cette disposition, les faits qui n'étaient pas connus du requérant, malgré toute sa diligence, et qui se sont produits tant que, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables (ATFA du 6 janvier 2006, I 551/04, consid. 4.1). En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte. Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Si les nouveaux moyens sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les invoquer dans la précédente procédure. Une preuve est considérée comme concluante lorsqu'il faut admettre qu'elle aurait conduit le juge à statuer autrement s'il en avait eu connaissance dans la procédure principale. Dans ce contexte, le moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers (ATF 127 V 358 consid. 5b et les références). Ainsi, il ne suffit pas qu'une nouvelle expertise donne une appréciation différente des faits ; il faut bien plutôt des éléments de faits nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs. Pour justifier la révision d'une décision, il ne suffit pas que l'expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal. Il n'y a pas non plus motif à révision du seul fait que le tribunal paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels pour le jugement (ATF 127 V 358 consid. 5b, 110 V 141 consid. 2, 293 consid. 2a, 108 V 171 consid. 1 ; cf. aussi ATF 118 II 205).

8. L'assurée considère qu'un fait nouveau, soit la rupture du tendon de l'épaule droite diagnostiquée grâce à l'IRM réalisée en novembre 2008, est survenu justifiant la révision de la décision du 15 mai 2009.

Or, cette rupture du tendon est due au faux-mouvement effectué le 21 septembre 2008. Depuis lors, l'assurée souffre de douleurs à l'épaule motivant une incapacité totale de travailler. Force est de constater que le fait nouveau de nature à modifier l'état de fait à la base de la décision du 15 mai 2009 ne peut être que l'incapacité de

travail elle-même, et non pas le diagnostic posé. L'assurée ne pouvait naturellement ignorer être incapable de travailler et ne pouvait manquer de comprendre que la décision la déclarant à nouveau apte à travailler dès le 29 septembre 2008 ne correspondait plus à la réalité des faits. Elle savait que son état de santé s'était aggravé depuis le 21 septembre 2008 déjà. A cette date, la décision du 15 septembre 2008 n'était pas encore définitive.

On ne peut dès lors considérer qu'il y ait eu fait nouveau au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA. Les conditions de la révision ne sont partant pas réalisées.

9. Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur les faits et la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 consid. 3 p. 389 et les références). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 8 consid. 2c p. 17, 115 V 308 consid. 4a/cc p. 314). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies (arrêts 9C_71/2008 du 14 mars 2008, consid. 2; U 5/07 du 9 janvier 2008, consid. 5.2; 9C_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2; I 907/06 du 7 mai 2007 consid. 3.2.1).

Selon la jurisprudence, l'administration n'est pas tenue de reconsidérer les décisions qui remplissent les conditions fixées; elle en a simplement la faculté et ni l'assuré ni le juge ne peuvent l'y contraindre (cf. ATF 117 V 12 consid. 2a et les références). Cependant, lorsque l'administration entre en matière sur une demande de reconsidération et examine si les conditions d'une reconsidération sont remplies, avant de statuer au fond par une nouvelle décision de refus, celle-ci est susceptible d'être attaquée par la voie d'un recours. Le contrôle juridictionnel dans la procédure de recours subséquente se limite alors au point de savoir si les conditions d'une reconsidération (inexactitude manifeste de la décision initiale et importance notable de la rectification) sont réunies (ATF 117 V 13 consid. 2a, ATF 116 V 62; MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, RDS 111 [1992] II 443 s.).

Le Tribunal fédéral (ci-après TF) a précisé qu'une demande de reconsidération pouvait connaître trois issues : soit l'administration n'entre pas du tout en matière ; soit elle examine si les conditions d'une reconsidération sont remplies, puis le nie et

rend une nouvelle décision de rejet ; soit elle examine si les conditions de la reconsidération sont remplies et l'admet, puis modifie la décision initiale. Dans les deux derniers cas, quel que soit l'intitulé de la décision, on doit considérer que l'administration est entrée en matière, de sorte qu'un recours est possible, même si la caisse ne s'est livrée qu'à un examen sommaire sur le fond (ATF 117 V 8 p. 14).

10. En l'espèce, l'OCE est entré en matière sur la demande de l'assurée.

Il s'agit dès lors de déterminer si la décision du 15 septembre 2008, formellement entrée en force, était ou non manifestement erronée.

Pour motiver sa décision du 15 septembre 2008, l'OCE s'est fondé sur l'avis de son médecin-conseil, selon lequel l'assurée serait capable de travailler à plein temps dès le 29 septembre 2008. Il y a lieu de constater que lorsqu'il a rendu cette décision, l'assurée n'avait pas encore été victime de son faux-mouvement ayant entraîné une nouvelle incapacité de travail dès le 21 septembre 2008. La décision n'était ainsi, au moment où elle a été rendue, pas manifestement erronée.

Il appartenait à l'assurée de la contester, par la voie de l'opposition, le délai y relatif n'étant pas expiré, ce qu'elle n'a pas fait, de sorte qu'elle ne saurait revenir aujourd'hui sur cette décision par le biais d'une révision procédurale. A cet égard, la responsable de l'OCE a affirmé que le certificat du 25 septembre 2008 ne figurait pas dans les pièces du dossier avant le mois de février 2009. Il résulte au surplus du courrier adressé à l'assurée le 12 novembre 2008 que ce certificat n'avait pas encore été porté à la connaissance du service à cette date. On peut en déduire, selon le degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, qu'il ne l'a été qu'en février 2009.

L'OCE a dès lors à bon droit refusé de reconsidérer la décision du 15 septembre 2008.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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