-RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/152/2023 **ATAS/632/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23 août 2023

Chambre 4

En la cause

A_____ recourante

représentée par Me Cécé David STUDER, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, juges assesseur·e·s

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née le _____ 1977, divorcée et mère de deux enfants, a été mise au bénéfice d'un premier délai cadre de chômage du 3 avril 2017 au 2 avril 2019, puis d'un second du 1er juillet 2020 au 30 novembre 2022.

b. Du 15 mars 2021 au 13 avril 2021, la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse) a versé à l'assurée des indemnités fédérales en cas d'incapacité passagère de travail.

c. Du 14 avril 2021 au 31 mars 2022, l'assurée a perçu des prestations cantonales en cas d'incapacité pour maladie (PCM).

d. Suite à une dénonciation, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) a demandé une enquête sur le domicile de l'assurée au bureau des enquêtes de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM).

e. Le rapport d'entraide administrative interdépartementale du 1er juin 2022 a conclu que l'assurée ne résidait pas à la rue B_____, à Genève, mais à C_____, en France.

Madame D_____ avait indiqué loger dans l'appartement de la rue B_____ depuis 9 ans, en sous-location de l'assurée, qui n'habitait plus ce logement depuis environ deux ans, mais qui y avait encore quelques affaires.

f. Par décision du 3 juin 2022, adressée à l'assurée par pli recommandé, l'OCE a nié son droit à l'indemnité de chômage depuis le 1er juillet 2020, au motif qu'elle n'avait pas son domicile dans le canton de Genève, à tout le moins depuis cette date.

g. Informé que le courrier recommandé n'avait pas retiré dans le délai de garde, qui s'était terminé le 14 juin 2022, l'OCE a renvoyé à l'assurée sa décision du 3 juin 2022 par pli simple le 20 juin 2022, précisant que le délai de recours avait commencé à courir à l'échéance du délai de garde à la suite de sa première notification infructueuse.

h. Le 7 juin 2022, la caisse a requis de l'assurée la restitution des indemnités de chômage versées du 1er juillet 2020 au 13 avril 2021 d'un total de CHF 34'527.25.

i. Le 20 juin 2022, l'OCE a requis de l'assurée la restitution des PCM perçues du 14 avril 2021 au 31 mars 2022, soit un montant de CHF 53'767.30.

j. Le 20 juillet 2022, l'assurée a, par la plume de son avocat, informé l'OCE n'avoir eu connaissance de sa décision du 3 juin 2022 que par le biais du pli simple du 20 juin 2022. Elle n'habitait plus à la rue B_____ depuis le 5 juin 2022 et n'avait pas été en mesure de prendre connaissance de cette décision dans le

délai de garde de la poste. Elle avait en outre rencontré d'importants problèmes de santé et prenait des antidépresseurs.

Elle niait être domiciliée en France et réclamait l'annulation de la décision du 3 juin 2022 par reconsidération ou révision et que lui soit octroyé le droit à l'indemnité dès le 1er juillet 2020.

Du mois de juillet 2020 au 4 juin 2022, elle avait vécu à Genève, soit chez son ex-compagnon, soit chez ses parents, soit avec sa sous-locataire à la rue B_____ où elle avait gardé son adresse de correspondance, soit à la résidence secondaire de son ex-époux à C_____, sans avoir jamais eu l'intention de vivre en France, ni d'y élire domicile.

Actuellement, elle habitait provisoirement à C_____, le temps que la sous-locataire de son appartement de la rue B_____ trouve un autre logement. Son centre d'intérêt et de vie était à Genève où elle avait toujours l'intention de vivre durablement. Ses enfants étaient scolarisés à Bernex.

L'assurée a produit :

- une attestation du 20 juillet 2022 signée par ses parents, confirmant qu'entre le 3 septembre 2016 et le 5 juin 2022, elle avait vécu soit chez eux, à Genève, lorsqu'elle avait la garde de ses enfants, soit chez son compagnon, à Genève également, et que depuis le 5 juin 2022, elle s'était installée provisoirement chez son ex-époux en France voisine ;
- une attestation du 20 juillet 2022, signée par son ex-compagnon, indiquant qu'elle avait emménagé chez lui à Genève le 15 mars 2017, jusqu'à leur séparation le 5 juin 2022. Elle vivait alors entre son domicile et celui de ses parents, lorsqu'elle avait la garde de ses enfants.

k. Le 22 août 2022, l'OCE a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 20 juillet 2022, au motif que l'assurée n'avait pas démontré avoir été dans l'impossibilité de former opposition dans les délais et que de simples allégations quant à un changement d'adresse ou de prétendus problèmes de santé n'étaient pas suffisantes. La voie de la reconsidération n'était pas destinée à pallier la négligence des assurés et à ouvrir de nouvelles voies de droit.

Le conseil de l'assurée a reçu cette décision le 23 août 2022, selon le timbre apposé sur celle-ci.

B. **a.** Par décision du 4 juillet 2022, l'OCE a nié le droit à l'indemnité de chômage de l'assurée du 3 avril 2017 au 2 avril 2019, en retenant, sur la base de l'enquête de l'OCPM, qu'elle ne remplissait pas la condition de domicile en Suisse du 3 avril 2017 au 2 avril 2019.

b. Le 23 août 2022, l'assurée a formé opposition à la décision du 4 juillet 2022, concluant à l'annulation de cette décision et à l'octroi de l'indemnité de chômage du 3 avril 2017 au 2 avril 2019. Elle contestait avoir été domiciliée en France. Elle

y résidait temporairement en attendant de pouvoir réintégrer son appartement de la rue B_____ le 1er septembre 2022.

L'assurée a produit :

- une attestation de Mme D_____ du 18 août 2022, qui certifiait que l'assurée allait vivre avec elle dans l'appartement de la rue B_____ dès le 1er septembre 2022, en attendant qu'elle trouve un appartement ;
- une attestation établie le du 15 août 2022 par son ex-mari, Monsieur E_____, qui certifiait avoir permis à l'assurée de rester temporairement et à titre gratuit dans sa résidence secondaire de C_____, à partir du 5 juin 2022, le temps qu'elle récupère son appartement sis rue B_____ à Genève.

c. Par décision sur opposition du 22 septembre 2022, l'OCE a admis l'opposition de l'assurée du 23 août 2022 et annulé sa décision du 4 juillet 2022, retenant que son droit à l'indemnité devait lui être reconnu durant son délai-cadre, du 3 avril 2017 au 2 avril 2019, dès lors qu'au vu, entre autres, des attestations produites, l'assurée avait démontré la réalité de son domicile à Genève durant cette période.

C. **a.** Le 27 septembre 2022, l'assurée a transmis à l'OCE une nouvelle demande de reconsidération et révision de la décision du 3 juin 2022, exposant que celle-ci se fondait sur des éléments manifestement erronés et que sa rectification revêtait une importance notable, compte tenu des importants montants en jeu.

La décision sur opposition du 22 septembre 2022 retenait des faits nouveaux qui confirmaient qu'elle était domiciliée à Genève du 3 avril 2017 au 2 avril 2019. Les pièces sur lesquelles se fondaient cette décision attestaient également qu'elle était domiciliée à Genève pour la période couverte par la décision du 3 juin 2022.

b. Par décision du 1er décembre 2022, l'OCE a estimé qu'il avait déjà statué sur la question de la reconsidération de sa décision du 3 juin 2022 par décision du 22 août 2022 et qu'il n'y avait pas lieu de rendre une nouvelle décision à ce sujet. Il maintenait son refus d'entrer en matière, malgré la solution retenue dans la décision sur opposition du 22 septembre 2022, la voie de la reconsidération n'étant pas destinée à pallier la négligence des assurés.

Dès lors que tous les éléments et moyens de preuves produits par l'assurée n'étaient pas nouveaux et qu'ils n'avaient été découverts subséquemment, la demande de révision était rejetée et la décision du 3 juin 2022 confirmée.

D. **a.** Par acte du 17 janvier 2023, l'assurée, par la plume de son avocat, a recouru devant la chambre de céans contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur révision du 1er décembre 2022, ainsi que de la décision du 3 juin 2022 et que son le droit à l'indemnité de chômage dès le 1er juillet 2020 lui soit reconnu.

Elle soutenait que la décision sur opposition du 22 septembre 2022 était un nouveau moyen de preuve, justifiant de réviser celle-ci.

Par sa décision sur opposition du 22 septembre 2022, l'OCE avait établi que les conclusions du rapport sur lequel se fondait la décision du 3 juin 2022 n'avaient plus aucune valeur probante et que les faits retenus dans ce rapport étaient erronés, de sorte que l'OCE aurait dû d'office reconsidérer sa décision du 3 juin 2022, faute de commettre un abus de droit et une violation de la sécurité du droit.

Sauf à violer les art. 5 et 9 Cst, sous les angles du principe de la sécurité, de la prévisibilité du droit et de la protection contre l'arbitraire, l'OCE ne pouvait valablement laisser subsister deux décisions, soit la décision de négation du 3 juin 2022 et la décision sur opposition du 22 septembre 2022, établissant des faits diamétralement opposés quant à son domicile à Genève.

Finalement, dans la décision attaquée, l'OCE se contentait à tort de se référer à sa précédente décision de refus d'entrer en matière alors même que la recourante se prévalait d'un moyen de preuve nouveau, respectivement de faits nouveaux. L'OCE avait procédé ainsi afin d'éviter l'ouverture d'une voie de recours devant la chambre de céans en matière de reconsidération ce qui était constitutif d'un abus de droit et de la violation de l'arbitraire.

Il incombait à l'OCE d'analyser la pièce nouvelle, soit sa propre décision du 22 septembre 2022 également sous l'angle de la reconsidération.

b. Le 7 février 2023, l'assurée a été mise au bénéfice de l'assistance juridique avec effet au 17 janvier 2023.

c. Dans sa réponse du 14 février 2023, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur révision du 1er décembre 2022. Aucune voie de droit n'étant ouverte à l'encontre de la décision de refus d'entrer en matière du 22 août 2022, c'était à tort que la recourante souhaitait revenir sur la question de la reconsidération de la décision du 3 juin 2022.

Il n'existait en outre aucun motif de révision procédurale, dès lors que les pièces fournies par la recourante pour attester de son domicile à Genève n'étaient pas nouvelles. Par ailleurs, il était manifeste que la décision sur opposition du 22 septembre 2022 de l'OCE ne constituait pas un motif de révision de la décision du 3 juin 2022, dès lors que l'objet du litige était totalement différent, que les périodes en cause n'étaient pas les mêmes et qu'il n'était ainsi pas exclu que la solution retenue aurait pu être différente.

d. Par courrier du 9 mars 2023, la recourante a persisté dans ses conclusions.

e. Le 21 avril 2023, la recourante a transmis à la chambre de céans une décision du 2 mars 2023, par laquelle l'OCPM annulait sa décision du 23 novembre 2022, qui concluait à l'absence de domicile de la recourante en Suisse depuis le 6 février 2020, vu la décision de l'OCE du 23 septembre 2022 et le fait que les pièces justificatives produites dans le cadre de cette procédure avaient été retenues

comme suffisamment probantes pour confirmer la domiciliation de l'assurée en Suisse. L'intimé ne pouvait plus se prévaloir valablement du rapport d'enquête administrative de l'OCPM du 1er juin 2022.

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. Dans sa décision sur révision du 1er décembre 2022, l'intimé a maintenu sa décision de refus d'entrer en matière du 22 août 2022 sur la demande de reconsidération de la recourante de sa décision du 3 juin 2022.

Lorsque l'administration ou l'assureur n'entre pas en matière sur une demande de reconsidération, il n'y a de place ni pour une procédure d'opposition (art. 52 LPGA), ni – a fortiori – pour un recours devant la chambre de céans, car une éventuelle reconsidération relève de l'appréciation de l'administration ou assureur (ATF 133 V 50 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_121/2009 du 26 juin 2009 consid. 3.6).

Le recours est ainsi irrecevable en tant qu'il concerne le refus d'entrer en matière de l'intimé sur la demande de reconsidération de la décision du 3 juin 2022.

3. Selon 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 subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant.

En matière d'assurances sociales, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure (art. 52 al. 1 LPGA), et ce sont les décisions sur opposition (et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte) qui sont sujettes à recours auprès de la chambre des assurances sociales (art. 56 al. 1 LPGA).

En l'espèce, se pose la question de savoir si la recourante aurait dû contester la décision querellée par la voie de l'opposition auprès de l'intimé, plutôt que devant la chambre de céans, malgré la voie du recours indiquée dans la décision. Cette question sera laissée ouverte, le recours étant quoi qu'il en soit infondé.

4.

4.1 Sont nouveaux au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où des allégations de faits étaient encore recevables dans la procédure principale, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_226/2014 du 19 mai 2014 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 175/0 du 29 novembre 2005 consid. 2.2).

Le moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers (ATF 138 V 324 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 183/04 du 28 avril 2005 consid. 2.2). Ainsi, il ne suffit par exemple pas qu'une nouvelle expertise donne une appréciation différente des faits; il faut bien plutôt des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs (arrêt du Tribunal fédéral 8C_368/2013 du 25 février 2014 consid. 5.1). Un moyen de preuve est important lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il aurait conduit à une solution différente si l'assurance en avait eu connaissance dans la procédure principale (ATF 143 V 105 consid. 2.3). La preuve doit établir de manière indiscutable (« *eindeutig* ») que l'état de fait retenu dans la procédure précédente était erroné (arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 561/06 du 28 mai 2007 consid. 6.2 et les références)

Si les nouveaux moyens invoqués à l'appui d'une demande de révision sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les invoquer dans la précédente procédure (ATF 127 V 353 consid. 5b). Une révision est en effet exclue lorsque le moyen de preuve pouvait être invoqué plus tôt. Il est ainsi uniquement possible d'invoquer un moyen de preuve qui était inconnu ou ne pouvait être produit avant, malgré la diligence du requérant. La révision ne doit ainsi pas servir à remédier à une négligence qui aurait pu être évitée (Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 4ème éd. 2020, n. 33 ad 53).

4.2 En l'espèce, la recourante se prévaut de la décision sur opposition rendue par l'intimé du 22 septembre 2022 et de la décision de l'OCPM du 2 mars 2023, qui admettaient que la recourante n'avait pas été domiciliée en France.

Ces décisions ne constituent pas un nouveau moyen de preuve au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, car elles se fondent sur des témoignages qui auraient pu être invoqués en temps utile par la recourante.

4.3 En effet, la recourante aurait pu invoquer ces témoignages dans le cadre d'un recours contre la décision de l'OCE du 3 juin 2022.

L'intimé a considéré à tort que la décision du 3 juin 2022 avait été valablement notifiée à l'échéance du délai de garde de son pli recommandé, soit le 14 juin 2022, car la fiction de la notification d'un pli recommandé ne s'appliquait pas au cas d'espèce, la recourante ne faisant alors l'objet d'aucune procédure, de sorte qu'elle ne pouvait pas s'attendre à recevoir une décision de l'OCE (ATF 139 IV 228 consid. 1.1 p. 230 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_908/2017 du 17 janvier 2018).

Il doit donc être retenu que la décision du 3 juin 2022 a été notifiée à la recourante par pli simple du 20 juin suivant.

La recourante ne peut se prévaloir du principe de la bonne foi pour tirer des conséquences du fait que l'intimé a considéré à tort qu'elle ne s'était pas opposée à sa décision du 3 juin 2022 dans le délai légal, car l'on doit admettre que son conseil aurait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, ne pouvant ignorer la jurisprudence en la matière, étant précisé que les actes de son conseil sont opposables à la recourante (ATF 114 Ib 69ss consid. 2 et 3; André GRISEL, Traité de droit administratif, vol II, Neuchâtel 1984, p. 897; Alfred KÖLZ / Isabelle HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, p. 98, ch. 151). C'est ainsi une opposition à la décision du 3 juin 2022 qu'elle aurait dû former et non une demande de révision ou reconsidération le 20 juillet 2022.

Dans la mesure où cette demande a été formée dans le délai d'opposition, la recourante aurait encore pu contester dans le délai de 30 jours la décision de l'intimé du 22 août 2022, qui refusait d'entrer en matière sur sa demande de reconsidération, quand bien même cette décision ne mentionnait pas la possibilité de la contester.

Il en résulte que les conditions d'une révision ne sont pas ouvertes.

5. Le recours doit en conséquence être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA a contrario LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

1. Rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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