RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1670/2021 **ATAS/1201/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 novembre 2021

4ème Chambre

En la cause

A_____, sise c/o B_____, à CHÊNE-BOURG recourante

contre

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

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** Par courriel du 23 juin 2020, A_____ (ci-après : l'employeuse ou la recourante) a informé l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) qu'à cause de la pandémie, elle avait été obligée d'arrêter les activités de son école de cirque dès le 16 mars 2020. Étant soumise aux restrictions des locations de salles, elle ne pourrait reprendre son activité que le 17 août, sauf modification supplémentaire. Elle transmettait à l'OCE un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) dûment rempli. Le siège de son école était à Genève depuis le 1er janvier 2020, mais ses activités se déroulaient dans le canton de Neuchâtel. Elle ne savait pas à quelle caisse de chômage elle devait faire appel.

L'employeuse a transmis à l'OCE en annexe de son courrier un préavis de RHT daté du 4 juin 2020, demandant la RHT pour tout le personnel de l'entreprise, soit trois personnes, pour la période du 16 mars au 17 août 2020.

b. Par décision du 17 juillet 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT du 4 juin 2020 et dit que pour autant que toutes les autres conditions du droit soient remplies, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : CCGC) pouvait octroyer l'indemnité en cas de RHT à l'employeuse pour la période du 3 juillet au 31 août 2020.

c. Le 2 novembre 2020, l'employeuse a demandé à la CCGC pourquoi elle n'avait pas accepté sa demande de RHT dès mars, mais seulement pour juillet et août.

d. Le 9 décembre 2020, l'employeuse a encore demandé à la CCGC pour quelle raison celle-ci n'avait pas accepté de compenser son manque d'activité depuis le 14 mars 2020. Elle refaisait donc la demande pour obtenir des RHT pour la période de mars à août 2020 (donc de mars à juin, vu que la RHT lui avait été accordée pour juillet et août) et obtenir les RHT pour la période de fin octobre à décembre 2020.

e. Par courriel du 5 janvier 2021, la CCGC a informé l'employeuse avoir bien reçu sa demande du 9 décembre 2020. Cependant, elle n'était pas compétente en matière d'autorisations. Elle la laissait prendre contact avec le service juridique de l'OCE, qui était compétent pour l'octroi d'une autorisation de RHT. Une fois que le service en question aurait statué sur sa demande et qu'une décision lui serait remise, elle devrait reprendre contact avec la CCGC pour le paiement du décompte.

f. Le 7 janvier 2021, l'employeuse a demandé à l'OCE pourquoi sa demande de RHT pour mars à août n'avait été acceptée que pour juillet et août et si elle devait remplir un nouveau formulaire pour faire des demandes de RHT dès octobre 2020.

g. L'OCE a répondu à l'employeuse qu'elle devait lui remettre un préavis de RHT dûment complété d'ici au 15 janvier 2021.

h. L'employeuse a transmis le 12 janvier 2021 à l'OCE un préavis de RHT signé le 11 janvier 2021 pour la période du 26 octobre 2020 au 28 février 2021 ainsi que ses annexes.

i. Par décision du 12 janvier 2021, l'OCE a accepté la demande de RHT de l'employeuse du 7 janvier 2021 pour la période du 17 janvier au 28 février 2021.

B. **a.** Le 13 janvier 2021, l'employeuse a formé opposition à la décision d'octroi de RHT du 12 janvier 2021, concluant à son octroi dès le 27 octobre 2020. Elle souhaitait également faire recours contre la décision du 17 juillet 2020, car elle avait également entrepris les démarches dans les temps. Elle n'avait pas eu suffisamment de réponses et de conseils pour faire recours en temps utile et elle espérait que l'OCE le comprendrait. Ces démarches étaient nouvelles pour elle et il lui était difficile de savoir quoi faire dans cette situation délicate. Elle avait pertinemment demandé pourquoi les mois non payés n'avaient pas été pris en compte. Si on lui avait répondu à ce moment-là que seul l'OCE pouvait prendre une décision d'aide financière, sa deuxième demande en aurait été facilitée et elle serait parvenue aux bonnes personnes à temps.

b. Le 25 janvier 2021, l'intimé a imparti un délai à la recourante au 8 février 2021 pour lui indiquer pour quel motif elle n'avait pas formé opposition à la décision du 17 juillet 2020 dans le délai de trente jours.

c. La recourante a répondu le 28 janvier 2021 que la situation due au Covid-19 avait été très compliquée et qu'elle n'avait pas su à qui s'adresser pour demander les indemnités en cas de RHT. Elle n'avait pris connaissance de la décision du 17 juillet 2020 que le 22 septembre 2020, raison pour laquelle elle n'avait pas pu faire opposition dans le délai.

d. Par décision sur opposition du 5 mai 2021, l'OCE a déclaré irrecevable l'opposition formée le 13 janvier 2021 par l'employeuse contre la décision du 17 juillet 2020. Cette dernière lui avait été envoyée par courriel à l'adresse qui avait servi pour communiquer avec elle dès le 23 juin 2020 (_____@_____.ch). L'employeuse déclarait ne pas avoir reçu ce courriel alors même qu'elle avait reçu les autres courriels envoyés par l'OCE, notamment le 30 juin 2020, et qu'elle n'aurait reçu la décision du 17 juillet 2020 que le 22 septembre 2020. Même si cette dernière date devait être retenue, l'opposition du 13 janvier 2021 était tardive, puisqu'elle avait été déposée plus de trois mois après la réception de la décision.

e. Par décision sur opposition du 6 mai 2021, faisant suite à l'opposition du 13 janvier 2021 contre la décision du 12 janvier 2021, l'OCE a partiellement admis l'opposition du 13 janvier 2021 et annulé la décision de l'OCE du 12 janvier 2021 en ce sens que la RHT était accordée à l'employeuse du 23 décembre 2020 au 22 juin 2021 à 100% pour ses trois collaborateurs, attendu que l'employeuse lui avait fait parvenir une demande de modification en bonne et due forme le 29 avril 2021 et qu'au vu des modifications de la loi COVID, la RHT pouvait être octroyée

à partir du 23 décembre 2020, soit à la date de fermeture, et ce jusqu'au 22 juin 2021. L'OCE indiquait notamment dans sa partie en droit que selon les modifications de la loi COVID-19 suite aux votations des chambres fédérales, soit notamment que le délai de préavis de dix jours était supprimé dès le 1er septembre 2020, que toute décision précédemment acceptée pour une période de trois mois pouvait être prolongée à six mois, que l'indemnité RHT pouvait désormais être octroyée pour une période de six mois et que pour les entreprises ayant dû fermer par décision fédérale de décembre 2020 ou de janvier 2021, l'indemnité RHT pouvait être reconnue rétroactivement depuis la fermeture de l'établissement.

C. **a.** L'employeuse a formé recours contre la décision sur opposition du 5 mai 2021 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 11 mai 2021. Elle confirmait n'avoir pas reçu la décision du 17 juillet 2020 par courriel et n'en avoir eu connaissance que lorsqu'elle avait demandé des nouvelles à l'OCE le 22 septembre 2020. Entre-temps, elle avait demandé pour quelle raison les RHT semblaient être acceptées pour juillet et août, et non pour le reste de la période impactée par le COVID, soit du 14 mars au 3 juillet 2020.

Le 2 novembre 2020, elle avait encore demandé des nouvelles quant à la décision du 17 juillet 2020, pour comprendre pourquoi la période prise en compte ne commençait pas dès le 14 mars 2020.

Ce n'était que le 5 janvier 2021 que la CCGC l'avait prévenue par mail qu'elle n'était pas l'autorité compétente et qu'elle devait s'adresser à l'OCE. L'employeuse avait donc fait une nouvelle demande à l'OCE le 7 janvier 2021, suivie par des demandes de compléments d'informations le 8 janvier 2021, auxquelles elle avait répondu le 12 janvier 2021. Ce n'était finalement que le 12 janvier 2021 qu'elle avait réellement eu des réponses aux questions qu'elle se posait depuis le 8 septembre 2020.

Dans la décision sur opposition du 5 mai 2021, il était mentionné que même si l'autorité devait retenir la date du 22 septembre 2020 comme date de notification de la décision, l'opposition du 13 janvier 2021 était tardive. Elle n'avait pas attendu trois mois pour entamer des démarches, puisqu'elle avait demandé des explications le 8 septembre 2020 et réitéré sa demande les 2 et 9 novembre ainsi que le 9 décembre 2020. Elle aurait écrit à l'OCE bien avant, si la caisse n'avait pas attendu le 5 janvier 2021 pour lui dire qu'elle n'était pas l'autorité compétente. Elle avait fait de son mieux pour avoir des informations quant aux démarches à entreprendre dans cette période compliquée et trouvait injuste qu'elle soit pénalisée, ainsi que ses professeurs. Elle avait droit à une aide financière pour l'arrêt de ses activités. Elle avait eu la chance de pouvoir rouvrir ses portes en mars 2021.

b. Par réponse du 11 juin 2021, l'OCE a persisté dans les termes de sa décision.

c. La recourante a répliqué le 17 juin 2021 et persisté dans ses conclusions.

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 se limite à la question de la recevabilité de l'opposition formée par la recourante contre la décision du 17 juillet 2020.

4. Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues.

Qu'elle soit formée par écrit ou oralement, l'opposition doit contenir des conclusions et être motivée (art. 10 al. 1 OPGA). Il appartient en effet à l'opposant d'articuler les griefs qu'il fait valoir. La mesure de ces exigences doit être fixée en tenant compte du fait que la procédure d'opposition doit demeurer la plus simple possible pour l'assuré. Si l'opposition ne satisfait pas à ces exigences, l'assureur impartit un délai convenable pour réparer le vice, avec l'avertissement qu'à défaut, l'opposition ne sera pas recevable (art. 10 al. 5 OPGA) (CR LPGA-Gaudin, art.52 N 21)

L'art. 38 al. 1er LPGA stipule que si le délai, compté par jours ou par mois, doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication. Selon l'art. 38 al. 3 LPGA, lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (cf. également art. 17 LPA).

Conformément à l'art. 39 LPGA, les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (al. 1er). Lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompétent, le délai est réputé observé (al. 2).

En vertu de l'art. 40 al. 1 LPGA, le délai légal ne peut être prolongé. En effet, la sécurité du droit exige que certains actes ne puissent plus être accomplis passé un certain laps de temps : un terme est ainsi mis aux possibilités de contestation, de telle manière que les parties sachent avec certitude que l'acte qui est l'objet de la procédure est définitivement entré en force (Pierre MOOR, Droit administratif, vol. 2, Berne 1991, p. 181).

Selon la jurisprudence, une décision ou une communication de procédure est considérée comme étant notifiée, non pas au moment où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée; s'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère de puissance de son destinataire. Point n'est besoin que celui-ci ait eu effectivement en mains le pli qui contenait la décision. Il suffit ainsi que la communication soit entrée dans sa sphère de puissance de manière qu'il puisse en prendre connaissance (ATF 122 III 319 consid. 4 et les références; GRISEL, Traité de droit administratif, p. 876 et la jurisprudence citée; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème éd., n°704 p. 153; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème éd., n°341 p. 123).

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 136 V 295 consid. 5.9 p. 309, avec les nombreuses références). En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 121 V 5 consid. 3b p. 6). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 10; 124 V 400 consid. 2a p. 402 et les références). La seule présence au dossier de la copie d'une lettre n'autorise pas à conclure avec un degré de vraisemblance prépondérante que cette lettre a été effectivement envoyée par son expéditeur et qu'elle a été reçue par le destinataire (ATF 101 Ia 7 consid. 1 p. 8). La preuve de la notification d'un acte peut néanmoins résulter d'autres indices ou de l'ensemble des circonstances, en particulier de la correspondance échangée ou de l'absence de protestation de la part d'une personne qui reçoit des rappels (cf. ATF 105 III 43 consid. 2a p. 46; DTA 2000 n° 25 p. 121 consid. 1b).

Le Tribunal fédéral a jugé que compte tenu du manque de fiabilité du trafic électronique en général, et en particulier des difficultés liées à la preuve de l'arrivée d'un message électronique dans la sphère de contrôle du destinataire, l'expéditeur d'un e-mail est invité à requérir du destinataire une confirmation de réception de son envoi (y compris des pièces annexées au courriel), et de réagir en l'absence de cette dernière en déposant son pli auprès de la Poste ou en réessayant de l'envoyer par voie électronique (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_699/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.2, in Plädoyer 2013 1 p. 61; arrêt du Tribunal fédéral 8C_339/2016 du 29 juin 2016 consid. 4.4). Il appartient en effet à l'expéditeur de prendre certaines précautions sans quoi il devra assumer le risque, conformément aux règles sur la répartition du fardeau de la preuve (cf. consid. 3.2 supra), que la

liste de ses preuves de recherches d'emploi ne parvienne pas ou pas dans le délai légal auprès de l'autorité compétente (ATF 145 V 90).

5. En l'espèce, la recourante a allégué ne pas avoir avoir reçu par courriel la décision du 17 juillet 2020 et n'en avoir eu connaissance que lorsqu'elle avait demandé des nouvelles à l'OCE, le 22 septembre 2020.

La décision en cause lui a été communiquée dans un premier temps par courriel selon l'intimé, qui n'a pas produit de confirmation de réception de son envoi, de sorte la notification de la décision n'est pas établie au degré de la vraisemblance prépondérante. Dans ces circonstances, le délai d'opposition n'a pas commencé à courir avant le 22 septembre 2020, date à laquelle la recourante indique avoir pris connaissance de la décision. Un nouveau délai d'opposition partait de cette date, mais force est de constater que la recourante n'a pas formé opposition contre la décision dans ce délai. Elle n'a en effet contesté la décision que dans son courrier du 13 janvier 2021. Les 2 novembre et 9 décembre 2020, la recourante a demandé à la CCGC pourquoi sa demande de RHT n'avait pas été acceptée dès le mois de mars, mais seulement pour les mois de juillet et août 2020. Même si l'on considérait qu'elle a ainsi contesté à ces dates la décision du 17 juillet 2020, elle n'aurait pas formé opposition dans le délai requis de 30 jours, puisqu'elle a reçu la décision le 22 septembre 2020 selon ses déclarations.

6. Reste à examiner si une restitution de délai peut être accordée.

6.1. Tel peut être le cas, de manière exceptionnelle, à condition que le requérant ait été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé (art. 41 LPGA) et pour autant qu'une demande de restitution motivée, indiquant la nature de l'empêchement, soit présentée dans les 30 jours à compter de celui où il a cessé. Il s'agit là de dispositions impératives auxquelles il ne peut être dérogé (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 60/1996, consid. 5.4, p. 367 ; ATF 119 II 87 consid. 2a; ATF 112 V 256 consid. 2a).

Entrent en ligne de compte non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure, mais aussi l'impossibilité due à des circonstances personnelles ou à une erreur excusable. Ces circonstances doivent être appréciées objectivement en ce sens qu'est non fautive toute circonstance qui aurait empêché un intéressé, respectivement son représentant, consciencieux d'agir dans le délai fixé (arrêts 5A_149/2013 du 10 juin 2013 consid. 5.1.1 et les références citées; 5A_896/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3.2; 5A_30/2010 du 23 mars 2010 consid. 4.1 et les références citées; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, t. I, 1999, n° 40 ad art. 33 LP). La faute du représentant est assimilée à la faute de l'intéressé conformément aux règles sur la représentation directe (GILLIÉRON, op. cit., n° 42 ad art. 33 LP). De même, s'agissant des auxiliaires, l'application des motifs exonérant la responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO est exclue (arrêts 5A_30/2010 précité; 2P.264/2003 du 29 octobre 2003 consid. 2.1 et les références).

Un empêchement non fautif a notamment été admis en cas de soudaine incapacité de discernement, de maladie grave et subite, d'accident ou de perte d'un proche. L'empêchement perdure aussi longtemps que l'intéressé n'est pas en mesure - compte tenu de son état physique ou mental - d'agir en personne ou d'en charger un tiers (ATF 119 II 86 consid. 2a; arrêts 5A_383/2012 du 23 mai 2012 consid. 2.2; 5A_30/2010 du 23 mars 2012 consid. 4.1; 5A_566/2007 du 26 novembre 2007 consid. 3).

6.2. En l'espèce, une restitution du délai de recours au sens de l'art. 41 al. 1 LPGA ne se justifie pas, la recourante n'ayant invoqué aucun motif légal qui l'aurait empêchée d'agir dans le délai et pouvant justifier une restitution du délai. Ses difficultés à comprendre la procédure relative à la RHT ne l'empêchaient pas de contester la décision en cause après en avoir eu connaissance, ce qu'elle n'a pas fait, puisqu'elle s'est limitée à demander des renseignements.

En l'absence de motif valable de restitution de délai, c'est à juste titre que l'intimé a qualifié l'opposition d'irrecevable pour cause de tardiveté.

7. Il en résulte que la décision sur opposition est bien fondée et le recours doit être rejeté.

La procédure est gratuite.

***

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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
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