RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2457/2020 **ATAS/46/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 janvier 2021

4ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, à GENÈVE recourant

contre

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

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Massimo Antonio DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après l'ORP) le 30 janvier 2019 pour un placement dès cette date à 100%.

2. Son dossier a été fermé suite à l'engagement de l'assuré par le service des sports de la Ville de Genève en qualité d'employé polyvalent de B_____ à 100% du 1er octobre 2019 au 24 avril 2020.

3. L'assuré s'est réinscrit à l'ORP le 15 mai 2020 et a signé le 19 mai 2020 une confirmation d'inscription mentionnant « A_____@yahoo.com » comme adresse email.

4. Par courriel du 19 mai 2020 à 11h52 envoyé à l'adresse email précitée, la conseillère en personnel de l'assuré a convoqué ce dernier pour son premier entretien téléphonique le 20 mai 2020 à 16h10, précisant que cet entretien était obligatoire.

5. Par courriel du 20 mai 2020 à 16h17, la conseillère de l'assuré l'a informé qu'elle tentait de le joindre sans succès par téléphone pour leur premier entretien.

6. Le 20 mai 2020, la conseillère de l'assuré a convoqué ce dernier à un prochain entretien téléphonique fixé au 27 mai 2020.

7. Le même jour, l'assuré a accusé réception du courriel précité, précisant n'avoir reçu aucune convocation pour le premier entretien téléphonique du 20 mai.

8. Un extrait du dossier informatisé relatif à l'assuré mentionne que celui-ci ne s'était pas présenté à son rendez-vous du 20 mai à 16h10 et que sa conseillère avait tenté de le joindre au téléphone à 16h11 et à 16h20 et par courriel. L'assuré n'avait pas de répondeur permettant de lui laisser un message.

9. Le 25 mai 2020, la conseillère de l'assuré lui a confirmé que la convocation avait été envoyée par courriel le 19 mai à 11h52 et lui a demandé de regarder dans les spams.

10. Le 25 mai 2020, l'assuré a informé sa conseillère qu'il n'avait pas trouvé la convocation du 19 mai 2020 dans ses spams.

11. Le 28 mai 2020, le service juridique de l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) a prononcé contre l'assuré une suspension du droit à l'indemnité de cinq jours à compter du 21 mai 2020, pour ne pas avoir donné suite aux différents appels ni aux courriels de sa conseillère sans excuse valable, alors qu'il avait été convoqué pour un premier entretien de conseil téléphonique qui devait se dérouler le 20 mai 2020 à 16h10.

12. Le 3 juin 2020, l'assuré a contesté la suspension prononcée à son encontre, faisant valoir qu'il n'avait reçu aucun courrier ni courriel de sa conseillère le convoquant à un entretien de conseil le 20 mai 2020 à 16h10. Il demandait le transfert de son dossier à un autre conseiller.

13. Le 18 juin 2020, le service juridique de l'OCE a transmis à l'assuré copie de la note de sa conseillère du 20 mai 2020 concernant son absence à l'entretien de conseil téléphonique. La demande de sanction avait été faite le 25 mai 2020 par le biais informatique sans commentaire. Sa demande de transfert de dossier à un autre conseiller était transmise pour raison de compétence à la direction de l'ORP.

14. Le 29 juin 2020, l'assuré a formé opposition à la décision de suspension de son droit à l'indemnité de chômage du 28 mai 2020 concluant à son annulation.

15. Par décision sur opposition du 20 juillet 2020, l'OCE a indiqué que la conseillère de l'assuré n'avait pas admis que celui-ci aurait pu ne pas avoir reçu la convocation du 19 mai 2020 pour le 20 mai 2020, étant précisé qu'un assuré devant s'attendre à des communications de la part de l'OCE était tenu de prendre connaissance également des messages parvenus dans les spams. Les arguments de l'assuré n'étaient pas pertinents, dès lors que la convocation du 19 mai 2020 avait été envoyée à la bonne adresse email, telle que communiquée par l'intéressé à l'OCE et que la conseillère en personnel de l'intéressé avait transmis au service juridique un extrait de la liste téléphonique de ses appels effectués depuis son bureau vers le numéro de téléphone de l'intéressé le 20 mai 2020, notamment à 16h11 et 16h21, ce qui corroborait sa note au dossier du 20 mai 2020. C'était ainsi à juste titre que le service juridique avait prononcé une sanction contre l'assuré pour absence injustifiée à l'entretien de conseil téléphonique du 20 mai 2020. La suspension de cinq jours respectait le barème du SECO et le principe de la proportionnalité s'agissant d'un premier manquement sanctionné.

16. Le 19 août 2020, l'assuré a formé recours auprès de la chambre des assurances sociales de la cour de justice contre la décision sur opposition de l'OCE. La décision de suspension était extrêmement sommaire et ne mentionnait pas les motifs qu'il avait invoqués. Il contestait avoir réceptionné dans sa sphère de contrôle (la boîte à lettres et la boîte à spams) le courriel de convocation du 19 mai 2020 pour un premier entretien prévu le 20 mai 2020. La décision de suspension contenait de plus des faits inexacts, à savoir qu'il n'avait fourni aucune excuse valable. Il avait été absent, car il n'avait pas pris connaissance du courriel de convocation du 19 mai 2020, qui lui aurait été envoyé par sa conseillère. La preuve de l'arrivée du courrier du 19 mai 2020 n'était pas démontrée. Une suspension ne pouvait être infligée par l'autorité que si le comportement fautif reproché à l'assuré était clairement démontré, ce qui n'était pas le cas dans la présente cause. Pour le surplus, une preuve fondée sur des éléments matériels était nécessaire. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, en tenant compte du manque de fiabilité de l'envoi électronique et des difficultés de preuves de l'arrivée d'un email dans la sphère de contrôle du destinataire, c'était à l'expéditeur de prouver que le destinataire avait réceptionné le courriel (ATF 145 V 90 ; 8C_239/2008). C'était donc à l'intimé de prouver la bonne réception du courriel de convocation. Sa conseillère aurait dû demander une confirmation de réception du courriel du 19 mai 2020 et, en l'absence de cette confirmation, procéder par voie postale, ou réessayer

de le contacter par voie électronique, ce qui n'avait pas été fait (arrêts du Tribunal fédéral 2C_699/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.2 et 8C_339/2016 du 29 juin 2016 consid. 4.4). Le recourant concluait à l'annulation de la décision sur opposition du 20 juillet 2020, subsidiairement, au transfert de son dossier auprès d'un autre conseiller et au remboursement des frais postaux occasionnés par la procédure de CHF 31.50, relatifs aux envois de quatre lettres en courrier recommandé au service juridique de l'OCE et de CHF 6.30 représentant les frais d'envoi de ladite lettre.

17. Par réponse du 17 septembre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours, considérant que le recourant n'apportait aucun élément nouveau susceptible de remettre en cause la décision litigieuse.

18. Le 7 octobre 2020, le recourant a transmis à la chambre de céans une décision de refus de changement de conseillère adressée à lui par la direction de l'ORP et a signalé une erreur de date sur le bordereau de pièces de l'intimé.

19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

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. a. Interjeté dans le délai et la forme requise, le recours est recevable (art. 60 LPGA et 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985; LPA - E 5 10).

   b. Toutefois, en tant que le recours porte le refus de changement de conseiller, il est irrecevable, car il ne s'agit pas là d'une décision sujette à recours (ATF 136 I 323 consid. 4.4 p. 329). L'attribution d'un conseiller n'est régie par aucune norme précise, si bien qu'elle de la compétence discrétionnaire de l'ORP.

3. L'objet du litige porte sur la suspension de cinq jours du droit à l'indemnité du recourant au motif qu'il ne s'est pas présenté à l'entretien de conseil téléphonique du 20 mai 2020.

4. L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 17 al. 1 LACI).

Selon l'art. 17 al. 3 let. b LACI, l'assuré a l'obligation, lorsque l'autorité compétente le lui enjoint, de participer aux entretiens de conseil, aux réunions d'information et aux consultations spécialisées.

L'art. 22 OACI prévoit que le premier entretien de conseil et de contrôle doit avoir lieu au plus tard quinze jours après que l'assuré s'est présenté à la commune ou à l'office compétent en vue du placement (al. 1); l'office compétent a au moins un entretien de conseil et de contrôle par mois avec chaque assuré. Lors de cet entretien, il contrôle l'aptitude au placement de l'assuré et examine si celui-ci est disposé à être placé (al. 2); l'office compétent convoque à un entretien de conseil et de contrôle tous les deux mois au moins les assurés qui exercent une activité à plein temps leur procurant un gain intermédiaire ou une activité bénévole relevant de l'art. 15, al. 4, LACI (al. 3); il convient avec l'assuré de la manière dont il pourra être atteint en règle générale dans le délai d'un jour (al. 4).

5. L'art. 30 al. 1 LACI dispose que le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu notamment lorsqu'il est établi que celui-ci ne fait pas tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour trouver un travail convenable (let. c), n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'autorité compétente, notamment refuse un travail convenable, ne se présente pas à une mesure de marché du travail ou l'interrompt sans motif valable, ou encore compromet ou empêche, par son comportement, le déroulement de la mesure ou la réalisation de son but (let. d).

6. En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales 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. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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. 5a).

   De plus, quand bien même la procédure est régie par le principe inquisitoire, ce principe est limité par le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation de ces dernières d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 125 V consid. 2 et les références). En effet, si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas pour autant du fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 294/02 du 20 novembre 2002).

Autrement dit, si malgré les moyens mis en œuvre par le juge pour établir la réalité d'un fait allégué par une partie, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance suffisante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (SPIRA, Le contentieux de la sécurité sociale, in : 100 ans de sécurité sociale en Suisse, Cahiers genevois de la sécurité sociale 1990 N° 7, p. 131).

Cependant, l'administration devra compléter elle-même l'instruction de la cause s'il lui est possible d'élucider les faits sans complication spéciale, malgré l'absence de collaboration d'une partie (ATF 117 V 263 et ss consid. 3b; 108 V 231 et ss; arrêt B du 14 janvier 2003 en la cause K 123/01, HAV/REAS 2003, page 156, arrêt non publié H. du 31 juillet 2003, en la cause P 88/02 consid. 2 et 3).

En matière d'indemnités de chômage, l'assuré supporte les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise de cartes de contrôle et d'autres pièces nécessaires pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment la liste de recherches d'emploi la remise des pièces nécessaires pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment la liste de recherches d'emploi (arrêt du Tribunal fédéral 8C_46/2012 du 8 mai 2012 consid. 41).

Le Tribunal fédéral a jugé qu'à la différence d'une opposition ou d'un recours, le formulaire des preuves de recherches d'emploi devant être remis pour chaque période de contrôle ne constitue pas un acte de procédure mais un justificatif permettant d'établir les faits pour faire valoir un droit. Aussi, outre les exigences quant à son contenu, ce formulaire n'est pas soumis à une forme particulière comme c'est le cas pour l'opposition (cf. art. 10 al. 4 OPGA) et son envoi à l'autorité par la voie électronique est dès lors admissible. Toutefois, 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).

Dans un arrêt du 24 septembre 2019 (ATAS/853/2019), la chambre de céans a jugé que la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée s'appliquait au cas inverse et, en particulier, aux convocations que les assureurs sociaux envoyaient par la voie électronique aux assurés. L'engagement que l'ORP faisait prendre aux personnes inscrites au chômage de relever quotidiennement leur boîte e-mail privée ne

fournissait nulle garantie que de les courriels adressés à elles par l'ORP parvenaient bien dans leur boîte de messagerie électronique.

7. En l'espèce, le recourant conteste avoir reçu le courriel de convocation pour l'entretien de conseil du 20 mai 2020, y compris dans ses spams. La conseillère du recourant n'a pas requis la confirmation de la bonne réception de celui-ci et aucun élément du dossier n'indique que ce courriel aurait bien été reçu par le recourant. Au vu de la jurisprudence précitée, il doit être retenu qu'il n'est pas établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le courriel de convocation en cause est bien parvenu dans la boîte de messagerie électronique du recourant. Dans ces circonstances, on ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas été disponible au téléphone le 20 mai 2020 entre 16h10 et 16h20 et le recourant ne pouvait être sanctionné pour cela.

8. Le recours est ainsi fondé et la décision querellée doit être annulée.

9. Selon l'art. 61 let. g LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens. L'assuré qui agit dans sa propre cause sans l'assistance d'un avocat n'a droit à des dépens que si la complexité et l'importance de son affaire exige un investissement en temps et en argent qui dépasse le cadre de ce qu'un individu doit normalement assumer dans la gestion de ses affaires (ATF 133 III 439 consid. 4 p. 446; 115 Ia 12 consid. 5 p. 21; 110 V 72 consid. 7 p. 81; 135 V 473 consid. 3.3 p. 473; arrêt du Tribunal fédéral 9C_62/2015 du 20 novembre 2015 consid. 6.2).

   En l'espèce, il ne sera pas alloué de dépens au recourant qui a agi sans l'assistance d'un avocat, dans une cause d'une complexité et d'une importance relatives, n'ayant pas exigé un investissement en temps et argent dépassant le cadre de ce qu'une personne doit normalement assumer dans la gestion de ses affaires.

10. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

1. L'admet dans la mesure de sa recevabilité.
2. Annule la décision sur opposition du 20 juillet 2020.
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