RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3965/2020 **ATAS/681/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 juin 2021

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, à CHAMBÉSY	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE	intimée

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant) s'est inscrit à l'office régional du placement (ci-après : l'ORP) en date du 30 octobre 2018, en indiquant dans le formulaire que le motif de la résiliation était la « fin du contrat » et que son dernier jour de travail effectué était le 30 mai 2018. La durée des rapports de travail était indiquée comme allant du 16 août 2017 au 30 mai 2018.

2. Son contrat de travail, rédigé en anglais, daté du 15 août 2017 passé avec « B_____ » (ci-après : l'employeur) indiquait qu'il était engagé à titre d'assistant de projet à 80%, dès le 16 août 2017 jusqu'au 30 avril 2018 avec une indication entre parenthèses « contrat de durée maximale ». Un avenant du 13 novembre 2017, intitulé « increase of working time » indiquait que dès le 1er décembre 2017 son temps de travail passerait à 100%, avec une augmentation de salaire correspondante. Un avenant, rédigé en anglais, du 12 avril 2018 indiquait que le contrat initial était prolongé de trois semaines soit jusqu'au 21 mai 2018 à 100% ; enfin, un ultime avenant du 26 avril 2018 indiquait que le contrat initial était prolongé jusqu'au 31 mai 2018 à 100% et s'arrêterait automatiquement au 31 mai 2018 sans préavis (traduction libre) ; tous les avenants étaient contresignés par l'intéressé.

3. L'attestation de l'employeur datée du 30 mai 2018 et reçue le 5 juin 2018 par la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) confirmait la durée du rapport de travail, soit du 16 août 2017 au 31 mai 2018, en indiquant qu'il s'agissait d'un contrat de durée déterminée dont la fin était fixée au 31 mai 2018, dernier jour de travail.

4. Par décision du 27 novembre 2018, l'intéressé a été informé que sa demande d'indemnités de chômage, présentée le 3 octobre 2018, était rejetée dès lors que l'intéressé avait travaillé un total de 9 mois et 16 jours dans les deux ans qui précédaient l'ouverture d'un nouveau droit et que cette durée étant inférieure à 12 mois, elle ne remplissait pas les conditions de cotisation permettant de percevoir des indemnités de chômage.

5. Par courrier du 28 juillet 2020, l'intéressé est revenu sur la décision prise par l'OCE, indiquant qu'il avait en réalité travaillé pendant environ 13 mois, car même si son contrat n'avait pas été prolongé, il fallait inclure les jours correspondant aux vacances annuelles, soit environ quatre semaines, ainsi que les jours correspondant à des heures supplémentaires, soit environ six semaines. Selon l'intéressé, son contrat n'avait pas été prolongé précisément parce qu'il fallait ajouter ces 10 semaines supplémentaires qui correspondaient au paiement d'heures supplémentaires et de congés qu'il n'avait pas pris.

6. Par décision du 28 octobre 2020, la caisse a rejeté ce qu'elle a considéré comme étant une opposition reçue le 28 juillet 2020, rappelant que l'opposition contre la décision du 27 novembre 2018 était tardive, mais que, malgré cela, elle avait été examinée par la caisse qui maintenait sa position. En effet, le contrat de travail de

durée déterminée du 15 août 2017 expirait le 30 avril 2018, puis, par deux avenants successifs, avait été prolongé jusqu'au 31 mai 2018. L'attestation d'employeur confirmait également que la durée de travail avait été de 9 mois et 16 jours ce qui était inférieur au minimum de 12 mois nécessaires pour que le droit aux indemnités soit ouvert. Les arguments de l'intéressé concernant ses vacances et ses heures supplémentaires ne pouvaient pas être pris en compte et n'avaient pas pour effet de prolonger la durée du contrat de travail ; tout au plus, pouvaient-ils faire l'objet d'une éventuelle demande en paiement de l'intéressé contre son ancien employeur.

7. Par écritures du 22 novembre 2020, postées le 25 novembre 2020, l'intéressé a fait recours contre la décision du 28 octobre 2020. Il a repris l'argumentation déjà présentée devant l'intimée, se considérant pénalisé, parce que l'employeur avait mis fin à son contrat, sans le prolonger pour inclure ses vacances et pour lui permettre de prendre ses heures supplémentaires, ainsi que par le fait qu'il avait accepté de reprendre un contrat à court terme, alors qu'il aurait peut-être dû consacrer ce temps à la recherche d'un poste avec un contrat d'une durée indéterminée. De surcroît, le recourant alléguait qu'il avait continué à travailler à domicile pour son précédent employeur, sans toutefois percevoir de salaire. Il ressortait de sa contestation qu'il demandait l'annulation de la décision querellée.

8. Par réponse du 19 janvier 2021, la caisse a informé la chambre de céans qu'elle n'aurait pas dû rendre une décision sur opposition, mais une décision de non entrée en matière relative à une demande de reconsidération, voire déclarer l'opposition irrecevable pour cause de tardiveté. L'intimée concluait à l'irrecevabilité du recours et, à titre subsidiaire, à son rejet.

9. Par réplique du 8 février 2021, le recourant a allégué qu'il était certain d'avoir écrit à l'intimée en décembre 2018 et lui avoir demandé de faire le point sur sa situation, mais qu'il n'avait pas procédé par voie de recommandé et n'était donc pas en mesure de le prouver. Il se référait à la copie d'un courrier daté du 17 décembre 2018 - mais portant le tampon de la date de réception par la caisse du 27 octobre 2020 - par lequel il demandait que sa situation soit revue et que sa demande de réintégration au titre des indemnités de chômage soit acceptée, dès lors qu'il pensait avoir travaillé en réalité pendant 13 mois, du fait des heures supplémentaires qui n'avaient pas été payées et des semaines de vacances qu'il n'avait pas prises.

10. Les parties ont informé la chambre de céans qu'elles ne souhaitaient pas faire d'observations supplémentaires.

11. 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. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrées en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

3. À titre préalable, il convient d'examiner le grief soulevé par l'intimée, indiquant que l'opposition étant tardive, la démarche de l'intéressé doit être considérée comme une demande de reconsidération à laquelle a abouti la décision querellée.

Le recourant admet ne pas être en mesure d'établir avoir envoyé dans le délai de 30 jours, le courrier daté du 17 décembre 2018, mais reçu par la caisse en date du 17 octobre 2020.

a. Il incombe à la personne assurée de prouver que les documents qu'il a envoyés à l'autorité ont réellement été envoyés et qu'ils l'ont été à temps. Cela vaut notamment pour les IPA, comme par exemple aussi pour les preuves des recherches personnelles d'emploi (Boris RUBIN, op. cit., n. 314 et 1116 s.).

La jurisprudence est rigoureuse. En cas d'envoi par la Poste, c'est la date de la remise du pli à la Poste suisse qui fait foi (art. 39 al. 1 LPGA), date correspondant à celle du sceau postal en vertu d'une présomption néanmoins susceptible d'être renversée, par témoignage, des photos (arrêts du Tribunal fédéral 9C_478/2017 du 5 mars 2018 consid. 1 ; 9C_791/2015 du 1er septembre 2016 consid. 2). En cas de remise ou de prétendue remise dans une boîte aux lettres (de la Poste ou de la caisse de chômage), les allégations de l'assuré et d'éventuels témoignages quant aux circonstances de la remise (dont la date) doivent être appréciés avec circonspection ; il n'est pas exclu d'en tenir compte, même si les témoins sont des proches (arrêt du Tribunal fédéral 8C_460/2013 du 16 avril 2014 consid. 5).

Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un récent arrêt concernant la remise à temps de la liste des recherches d'emploi (8C_747/2018 du 20 mars 2019 consid. 2.2), malgré les pertes de documents pouvant se produire dans toute administration, la jurisprudence a presque toujours indiqué que les assurés supportaient les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise d'une telle liste (cf. arrêt C 294/99 du 14 décembre 1999 consid. 2a, in DTA 2000 n. 25 p. 122 ; cf. aussi les arrêts 8C_239/2018 du 12 février 2019 consid. 3.2 ; 8C_460/2013 du 16 avril 2014 consid. 3 ; 8C_591/2012 du 29 juillet 2013 consid. 4) et la date effective de la remise (arrêt C 3/07 du 3 janvier 2008 consid. 3.2). Le fait que des allégations relatives à la remise des justificatifs de recherches d'emploi (ou relatives à la date de celle-ci) soient plausibles ne suffit pas à démontrer une remise effective des justificatifs (ou une remise à temps). Une preuve fondée sur des éléments matériels est nécessaire

(Boris RUBIN, op. cit., n. 32 ad art. 17). Cela vaut aussi pour la remise à temps des IPA.

Compte tenu de la jurisprudence citée *supra*, concernant la remise des justificatifs de recherche d'emploi, mais applicable *mutatis mutandis* à la présente espèce, il appartient au recourant de démontrer qu'il a remis le courrier daté du 17 décembre 2018 avant l'échéance du délai d'opposition.

Dès lors que ce dernier échoue à administrer cette preuve, on se doit d'admettre que l'opposition du recourant était tardive.

Ce nonobstant, la caisse a examiné l'argumentation du recourant et l'a rejetée dans la décision querellée. Dans le cadre de sa réponse, la caisse allègue que, dès lors que l'opposition était tardive, sa décision querellée doit être considérée non pas comme une décision sur opposition, mais comme une décision en reconsidération qui aurait dû se conclure par une non entrée en matière ; conséquemment, la caisse conclut à l'irrecevabilité du recours.

4. a. 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'intéressé ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. L'al. 2 de cette même disposition, qui formalise un principe général du droit des assurances sociales, prévoit que l'assureur peut reconsidérer les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (ATF 133 V 50 consid. 4.1).

b. 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'intéressé ni le juge ne peuvent l'y contraindre. Le corollaire en est que les décisions portant sur un refus d'entrer en matière sur une demande de reconsidération ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle en justice (ATF 133 V 50 consid. 4.1 p. 52 ; 119 V 475 consid. 1b/cc p. 479 ; 117 V 8 consid. 2a p. 12 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_447/2007 du 10 juillet 2008 consid. 1 ; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2° éd., no 44 ad art. 53). Un assureur social refuse d'entrer en matière sur une demande de reconsidération lorsqu'il se borne à procéder à un examen sommaire de la requête et répète les motifs invoqués dans la décision initiale (ATF 117 V 8 consid. 2b/aa p. 14 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_866/2009 du 27 avril 2010 consid. 2.2). Il est en droit de communiquer ce refus à la personne assurée au moyen d'une simple lettre, sans indication des voies de droit ni motivation détaillée (Margit MOSER-SZELESS, Commentaire romand de la LPGA, no. 91 ad art. 53 LPGA, p. 643).

Cependant, lorsque l'administration entre en matière sur une demande de reconsidération et examine si les conditions requises sont remplies, avant de statuer au fond par une nouvelle décision de refus, celle-ci est susceptible d'être attaquée en justice. 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 119 V 475 consid. 1b/cc ; ATF 117 V 8 consid. 2a ; ATF 116 V 62 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_609/2010 du 22 mars 2011 consid. 2.1 et 2.2).

En l'occurrence, on constate que la décision du 28 octobre 2020 porte le titre de « décision sur opposition », elle passe en revue l'argumentation du recourant dans sa partie en fait, admet la recevabilité de l'opposition dans la partie en droit et conclut, sur le fond, au rejet de l'opposition. Les voies de droit sont indiquées soit le recours auprès de la chambre de céans.

Il résulte de ce qui précède que, même si l'autorité s'est rendue compte après coup, - singulièrement au stade de sa réponse dans le cadre de la présente procédure - qu'elle n'aurait pas dû rendre une décision sur opposition, mais une décision de non entrée en matière, dès lors que l'administration est entrée en matière et a examiné si les conditions requises étaient remplies, la décision peut être attaquée en justice et bénéficie d'un contrôle juridictionnel, conformément à la jurisprudence citée *supra*.

Partant, le recours qui a été interjeté dans le délai et la forme requis, doit être déclaré recevable (art. 56 ss LPGA).

5. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant peut justifier d'une période de cotisations de 12 mois au moins pendant les deux ans précédant son inscription au chômage.

6. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres, s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e).

7. L'art. 9 LACI prévoit que les délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

8. a. Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation, remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

   b. Le but de l'art. 13 LACI est de n'accorder le droit à l'indemnité en principe qu'aux personnes qui ont travaillé et qui ont ainsi contribué au financement de l'assurance (al. 1). Seuls certains motifs de libération de la condition relative à la période de cotisation permettent de déroger à ce principe (art. 14 LACI) (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 2 ad art. 13 LACI).

   c. Pour qu'un assuré remplisse les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, il faut qu'il ait eu le statut de travailleur et qu'il puisse

démontrer avoir exercé une activité soumise à cotisation pendant douze mois au moins durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation (RUBIN, op cit., n. 8 ad art. 13 LACI).

La notion de travailleur salarié correspond au statut défini à l'art. 2 al. 1 let. a LACI, à savoir celui de travailleur obligatoirement assuré selon la LAVS et devant payer des cotisations sur le revenu d'une activité dépendante en vertu de la LAVS (RUBIN, op cit., n. 9 ad art. 13 LACI). L'art. 10 LPGA, auquel renvoie l'art. 2 al. 1 let. a LACI, dispose qu'est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales.

Au sens de l'art. 5 al. 1, 1ère phrase, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie de cette rémunération toutes les sommes touchées par le salarié si leur versement est économiquement lié au contrat de travail (ATF 133 V 153 consid. 3.1). En revanche, si les rétributions ne présentent aucune relation directe sur le plan juridique et économique avec la prestation de travail, elles n'entrent pas dans le salaire déterminant (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Commentaire thématique, 2011, n. 325, p. 105).

d. Sont considérés comme sans activité lucrative au sens de l'art. 10 al. 1 LAVS, les assurés qui n'exercent aucune activité lucrative (ch. 2003 des Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG [ci-après : DIN]). Une activité est dite lucrative, lorsqu'elle est exercée dans l'intention de réaliser un revenu et d'augmenter la capacité de rendement économique (ch. 2004 des DIN).

e. Aux termes de l'art. 1a al. 2 let. a LAVS, « ne sont pas assurés : a. les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités, conformément aux règles du droit international public ». Les fonctionnaires internationaux étrangers ne sont pas assurés à l'AVS/AI/APG/AC et ne peuvent pas y adhérer volontairement (arrêt du Tribunal fédéral C 297/06 du 15 mars 2007, ATF 133 V 233). Sauf disposition contraire de l'Accord avec l'UE, resp. de l'AELE ou d'une convention de sécurité sociale, les ressortissants étrangers qui jouissent de privilèges et d'immunités conformément aux règles du droit international public sont exemptés de l'AVS/AI/APG et AC obligatoire (art. 1a al. 2 let. a LAVS; art. 1b RAVS) (VSI 1993 p. 72).

9. a. L'art. 14 al. 1 LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix

ans au moins (let. a) ; maladie, accident ou maternité (art. 5 LPGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c).

10. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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). 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).

11. Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a; 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b ; 122 V 162 consid. 1d).

12. En l'espèce, il apparaît que le recourant n'invoque pas un motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation. Il n'allègue pas non plus que la durée de son emploi auprès de l'employeur était égale ou supérieure à 12 mois, mais invoque que les vacances et les heures supplémentaires qu'il aurait accumulées doivent s'ajouter à la date de fin du contrat de durée déterminée, ce qui - selon ses calculs - permet d'aboutir à une durée de contrat « effective » de 13 mois.

    En premier lieu, la chambre de céans constate que le recourant n'apporte aucune preuve de l'existence des heures supplémentaires alléguées.

    En second lieu on ne saurait suivre l'argumentation du recourant ; l'existence d'éventuelles heures supplémentaires, ou de vacances devant être compensées, n'a pas pour effet de prolonger la durée d'un contrat de durée déterminée. Comme le relève l'intimée, le recourant, pour autant qu'il prouve ses allégations, doit faire valoir ses prétentions en paiement à l'égard de son ex-employeur. Il n'appartient pas à la collectivité publique de dédommager le recourant en allongeant artificiellement la durée du contrat de durée déterminée afin de lui permettre de percevoir des prestations de chômage.

Partant, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que la durée du contrat de durée déterminée, soit 9 mois et 16 jours, était inférieure à la durée légale minimum de 12 mois.

13. Au vu de ce qui précède, le recours est mal fondé et doit être rejeté.
14. Pour le surplus la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et 89H LPA).

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	Le président
Diana ZIERI	Philippe KNUPFER

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