



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1265/2020

ATAS/1249/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 décembre 2020

10^{ème} Chambre

En la cause

A _____, sise à LES ACACIAS, représentée par la Fiduciaire Hess **recourante**
Associés S.A.

contre

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

Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____ (ci-après : l'employeur, l'entreprise ou le recourant), est une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce de Genève ayant pour but l'exploitation d'un atelier de photographie, la prise de vue en studio et extérieur et la retouche photographique numérique. Monsieur B_____ en est le titulaire.
2. Le 9 avril 2020 (date du timbre postal), l'employeur a transmis à l'office cantonal de l'emploi de Genève (ci-après l'OCE ou l'intimé) un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour l'entreprise, concernant un seul employé. Il a notamment joint un organigramme composé du propriétaire et directeur, et un employé. La RHT devait débiter le 17 mars 2020 pour s'achever le 31 mai suivant. Le taux probable de la perte de travail était de 100 %.
3. Par décision du 17 avril 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement des indemnités en cas de RHT pour l'entreprise. Pour autant que toutes les autres conditions soient remplies, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse) pouvait octroyer ces indemnités pour la période du 9 avril au 31 mai 2020 à toute l'entreprise. Il a notamment retenu qu'au vu des explications fournies par l'employeur, de la situation exceptionnelle résultant de l'apparition du COVID-19 et de la perte soudaine de travail engendrée par ce dernier et par les mesures prises par l'autorité, la situation était considérée comme exceptionnelle et la RHT accordée.
4. L'entreprise, représentée par un mandataire, a formé opposition contre la décision susmentionnée, par courrier du 20 avril 2020. La décision ne retenait pas, en ce qui concernait les dates, celles mentionnées dans le préavis, qui couvrait la période du 17 mars au 31 mai 2020.
5. Par décision sur opposition du 24 avril 2020, l'OCE a rejeté l'opposition au motif que selon la directive du 9 avril 2020 du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception si l'entreprise a dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle a déposé sa demande avant le 31 mars 2020 (date de réception/cachet de la Poste). Attendu que l'employeur n'exploite pas un établissement public visé par l'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19, il n'a donc pas été contraint de fermer ses locaux. L'employeur ayant déposé son préavis RHT le 9 avril 2020, c'est à juste titre que les indemnités RHT lui ont été accordées dès cette date.
6. Par courrier du 30 avril 2020, l'employeur, représenté par son conseil, a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours contre la décision sur opposition susmentionnée. Il conclut implicitement à l'annulation de la décision entreprise. La perte d'activité a été effective dès le premier jour des restrictions de fermeture imposées par l'autorité dans la lutte contre le coronavirus. Bien que l'entreprise ne soit pas un établissement public et directement impactée par la fermeture, elle travaille chez des clients dans des lieux dont la fermeture a été exigée. Il a produit deux courriels de clients horlogers bijoutiers lui confirmant que la plupart, respectivement tous les shootings photos avaient été mis en pause dès le

17 mars 2020 durant la période extraordinaire liée au COVID-19. N'étant pas un professionnel dans les démarches administratives et ne sachant pas quelles dispositions prendre quant à sa situation, en tant qu'indépendant et employeur d'un salarié, il n'avait pas su s'orienter immédiatement vers les bonnes démarches. Les règles et les dispositions de la RHT ayant subi des modifications et changements, le recourant sollicitait un délai de tolérance pour l'exécution de démarches lui étant inconnues et la mise en place de toutes les dispositions liées à la crise du coronavirus qui étaient inconnues de tous.

7. L'intimé a répondu au recours par courrier du 26 mars 2020. Le recourant n'apporte aucun élément nouveau dans son recours, de sorte que le service juridique persiste intégralement dans les termes de sa décision sur opposition.
8. Par courrier du 24 juin 2020, le recourant a répliqué. Il rappelait à l'appui de son recours qu'il avait soumis des pièces, soit des correspondances avec des clients ayant suspendu les prestations qui devaient être effectuées dans les entreprises. Il avait été directement impacté par la fermeture imposée par l'autorité, même s'il n'était pas un établissement public, et cela avait affecté ses revenus.
9. L'intimé a brièvement dupliqué par courrier du 30 juin 2020 : les explications complémentaires du recourant n'étaient pas de nature à modifier sa position. En effet, la possibilité de bénéficier des indemnités RHT de manière rétroactive était limitée à une catégorie très spécifique d'employeurs, dont le recourant ne faisait pas partie.
10. Sur quoi, 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. Le recours a été déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA). Il est recevable.

Il convient néanmoins de préciser que le titulaire des droits et obligations dans la présente cause est M. B_____, et non son entreprise individuelle qui en tant que telle est dépourvue de personnalité juridique et n'a donc pas la capacité d'ester en justice (arrêt du Tribunal fédéral 6B_701/2016 du 23 mai 2017 consid. 1).

3. Le litige porte sur le droit du recourant à une indemnité RHT pour la période du 17 mars au 8 avril 2020.

4. a. Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). L'indemnité en cas de RHT doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), étant précisé qu'un délai d'attente de deux à trois jours doit être supporté par l'employeur (art. 32 al. 2 LACI et 50 al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02], étant précisé que l'art. 50 al. 2 OACI a été modifié temporairement en raison de la pandémie de coronavirus). Enfin, le conjoint de l'employeur, employé dans l'entreprise de celui-ci, ainsi que les personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur ne peuvent pas prétendre à une indemnité en cas de RHT (art. 31 al. 3 let. b et c LACI).

b. S'agissant plus particulièrement de la procédure, l'art. 36 al. 1 LACI prévoit que lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la RHT. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Le préavis est renouvelé lorsque la RHT dure plus de trois mois.

L'art. 58 al. 4 OACI précise que lorsque l'employeur n'a pas remis le préavis de réduction de son horaire de travail dans le délai imparti sans excuse valable, la perte de travail n'est prise en considération qu'à partir du moment où le délai imparti pour le préavis s'est écoulé.

c. Compte tenu de l'art. 58 al. 4 OACI, il doit être considéré que le respect des délais de préavis est une condition formelle du droit. Il s'agit d'un délai de déchéance (ATF 110 V 335 ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). Le délai de préavis ne peut être ni prolongé ni suspendu mais il peut être restitué en présence d'une raison valable (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). L'inobservation du délai n'entraîne toutefois pas la péremption générale du droit mais uniquement son extinction pour la période donnée, le début du droit étant reporté de la durée du retard (ATF 110 V 335 ; voir également arrêt du Tribunal fédéral des assurances C_20/98 du 15 septembre 2000 consid. 1c ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). Dans l'hypothèse d'un préavis tardif, il appartient à l'autorité cantonale de s'opposer partiellement au versement de l'indemnité (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36).

5. Pour lutter contre l'épidémie de coronavirus (ci-après : COVID-19) qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes.

a. Ainsi, le 28 février 2020, le gouvernement suisse a adopté, en se fondant sur la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101), l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de prévoir des mesures devant permettre de diminuer le risque de transmission du COVID-19 (art. 1).

Le 13 mars 2020, se fondant sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ainsi que sur plusieurs dispositions de la loi sur les épidémies précitée, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a abrogé l'ordonnance du 28 février 2020 précitée (art. 11).

Le 17 mars 2020, les manifestations publiques ou privées ont été interdites et les établissements publics, tels que les magasins et les restaurants, fermés (art. 6 al. 1 et 2 ; cf. ch. I de l'ordonnance du 16 mars 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020), mesures initialement prévues jusqu'au 19 avril 2020 et prolongées par la suite.

b. Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures en matière d'assurance-chômage.

C'est ainsi que le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié l'art. 50 al. 2 OACI, lequel prévoit que pour chaque période de décompte, seul un délai d'attente d'un jour est déduit de la perte de travail à prendre en considération.

Le 20 mars 2020, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020. En substance, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités RHT a notamment été élargi : le conjoint ou le partenaire enregistré de l'employeur (art. 1) ainsi que les personnes fixant les décisions prises par l'employeur (art. 2) pouvaient également prétendre à une indemnité en cas de RHT. Par ailleurs, plus aucun délai d'attente ne devait être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et l'employeur pouvait demander le versement de l'indemnité en cas de RHT sans devoir l'avancer (art. 6).

L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a ensuite été modifiée le 26 mars 2020, avec effet rétroactif au 17 mars 2020 également (art. 9, état au 26 mars 2020). L'art. 8b al. 1 prévoyait que l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de RHT en faveur de ses travailleurs.

Les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés le 1^{er} juin 2020 et les art. 3 et 6 ont été abrogés le 1^{er} septembre 2020.

6. Dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), la chambre de céans a jugé que pendant la période du 17 mars au 31 mai 2020, la date du préavis de RHT correspondait au début de la RHT et au début de l'indemnisation et que le droit aux indemnités ne pouvait naître rétroactivement.

La chambre de céans a notamment considéré qu'en admettant la rétroactivité au 17 mars 2020 des demandes déposées avant le 31 mars 2020, dans sa directive du 9 avril 2020, le SECO avait adopté une pratique contraire à l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités en cas de RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. Il ressortait de l'interprétation de l'art. 8b précité que le Conseil fédéral avait supprimé le délai de préavis, mais pas le préavis lui-même. En d'autres termes, une indemnisation pour RHT devait toujours être annoncée à l'avance, même en application de l'art. 8b. Ainsi, entre le 17 mars et le 31 mai 2020, lorsqu'il avait l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, l'employeur ne devait plus respecter un délai de préavis de dix jours avant d'introduire la RHT. Cela étant, il restait tenu d'aviser l'autorité cantonale, par écrit, avant le début de la RHT en question, le droit aux indemnités ne pouvant naître rétroactivement à l'avis. Pendant cette période particulière, la date de réception du préavis de RHT correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

7. En l'espèce, il est constant que le recourant a déposé son préavis le 9 avril 2020, de sorte qu'il ne saurait prétendre bénéficier d'un effet rétroactif au 17 mars 2020 comme il le souhaite, d'autant, comme il le reconnaît, que n'étant pas un établissement public visé par la directive du SECO, il n'aurait quoi qu'il en soit pas pu s'en prévaloir.

Le fait qu'il n'était pas aguerri aux démarches administratives à entreprendre pour pouvoir bénéficier des indemnités RHT n'y change rien. Nul n'est censé ignorer la loi et nul ne peut tirer des avantages de son ignorance du droit (ATF 124 V 215 consid. 2b/aa p. 220 et arrêt du Tribunal fédéral 9C_97/2009 du 14 octobre 2009 consid. 3.3).

8. Dès lors qu'il a communiqué son préavis de RHT par courrier du 9 avril 2020 à l'intimé, c'est à juste titre que ce dernier lui a octroyé l'indemnité en cas de RHT à compter de cette date seulement.
9. Infondé, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition confirmée.
10. 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

Le président

Véronique SERAIN

Mario-Dominique TORELLO

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