RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1315/2021 **ATAS/542/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 juin 2021

4ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise _____, à GENÈVE, représentée par C_____ SA	recourante

contre

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

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

EN FAIT

1. A_____ SA (ci-après la société ou la recourante), ayant pour but l'importation, l'exportation, la distribution et le commerce de vin et de produits alimentaires et des activités liées à la gastronomie, a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après RHT) auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) le 19 mars 2020.

2. Par décision du 31 mars 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT et dit qu'elle pouvait être octroyée pour la période du 20 mars au 19 septembre 2020.

3. La société a transmis un nouveau préavis de RHT à l'OCE par courriel du 4 novembre 2020 indiquant que la RHT devait être introduite pour toute l'entreprise en raison de la fermeture de tout le secteur des métiers de bouche. La société n'avait qu'un employé qui était concerné par la RHT pour la période du 1er novembre au 31 mars 2021.

4. Par décision du 9 novembre 2020, l'OCE a accepté la demande de la société pour la période du 4 novembre 2020 au 3 février 2021.

5. Le 10 novembre 2020, Monsieur B_____, administrateur d'C_____ SA a informé l'OCE que suite à des retards de traitement dans le dossier de sa cliente, la société, il avait appris ce jour que l'accord qui avait été donné au 19 septembre avait été réduit au 31 août 2020. La société était terriblement touchée par la situation sanitaire et son chiffre d'affaires en très net recul. Dès lors, elle demandait que les RHT puissent être accordées pour les mois de septembre et octobre 2020, sachant que l'OCE avait déjà accepté le préavis dès le 4 novembre.

6. L'OCE a reçu un préavis de RHT de la société pour la période du 1er septembre au 31 octobre 2020, daté du 10 novembre.

7. Par décision du 27 novembre 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT pour la période du 1er septembre au 31 octobre 2020, soit une période antérieure à la demande.

8. Le 7 décembre 2020, M. B_____ a formé opposition contre la décision de l'OCE. Certes, la demande lui avait été adressée en retard, mais comme indiqué dans le courrier qui l'accompagnait, pour une raison indéterminée, le dossier de sa cliente avait été en attente de traitement et elle avait procédé par étapes, soit la régularisation des indemnités avant la demande formelle d'une prolongation. La société était particulièrement touchée par la situation sanitaire, vu son secteur d'activités et son chiffre d'affaires des mois de septembre et octobre 2020 était en recul de plus de 60% par rapport à 2019. Elle demandait la reconsidération de la décision pour apporter le soutien indispensable à la survie de sa cliente.

9. Par décision sur opposition du 18 mars 2021, l'OCE a confirmé sa décision du 27 novembre 2020, considérant que la société n'avait apporté aucun nouvel argument permettant de revoir la décision litigieuse, dès lors qu'elle n'indiquait pas

avoir été empêchée de déposer un préavis dans les délais pour une raison indépendante de sa volonté. L'employeur devait déposer un préavis de RHT indépendamment de la régularisation de ses indemnités par la caisse de chômage, ce d'autant plus que l'obtention du droit à la RHT était une condition nécessaire pour prétendre au versement de ces mêmes indemnités par la caisse de chômage. Pour la période au-delà du 31 août 2020, les entreprises devaient à nouveau demander la RHT en déposant un prévis et en respectant le délai de dix jours selon la directive 2020/8 du 1er juin 2020. Dès lors, pour prétendre aux indemnités en cas de RHT dès le 1er septembre 2020, la société aurait dû déposer un préavis le 22 août 2020 au plus tard. La RHT ne pouvait être accordée rétroactivement, le délai de préavis étant un délai de péremption.

C'était dès lors à juste titre que le droit à la RHT avait été refusé pour la période de septembre à octobre 2020.

10. Le 17 avril 2021, M. B_____ a formé recours pour la société contre la décision sur opposition de l'OCE. Comme le dossier était en cours de traitement avec du retard, il n'avait pas voulu procéder aux demandes d'indemnisation dans l'ordre afin de s'assurer que sa démarche ne comportait pas d'erreur et comprendre le délai de traitement. Peu familier aux procédures genevoises, il se pouvait qu'il ait commis une erreur, mais il serait regrettable que celle-ci pénalise sa cliente. Vu le secteur d'activité de cette dernière et le contexte actuel, l'aide sollicitée pour la période en cause était nécessaire afin de la soulager autant que possible des soucis incontestés que traversaient les entreprises. M. B_____ sollicitait l'indulgence et la compréhension de la chambre de céans et lui demandait de reconsidérer la décision de l'OCE.

11. Le 19 avril 2021, la chambre de céans a demandé à la société de lui transmettre une procuration, dès lors qu'elle était représentée par un mandataire professionnellement qualifié.

12. Le 24 avril 2021, M. B_____ a transmis à la chambre de céans une procuration l'autorisant à agir pour la société et un extrait du registre du commerce dont il ressort que M. B_____ est administrateur avec signature individuelle de la société.

13. Le 11 mai 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours.

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 délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

3. Le litige porte sur le droit de la recourante à une indemnité en cas de RHT pour la période du 1er septembre au 31 octobre 2020.

4. a. Selon l'art. 36 al. 1 LACI, 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 réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Le préavis est renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de trois mois.

   b. Selon l'art. 58 al. 4 OACI, 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.

   Il en résulte 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).

   c. Le Conseil fédéral a, en matière d'assurance-chômage, mis en place un certain nombre de dispositions visant à faciliter l'indemnisation en cas de RHT pendant la situation de crise sanitaire (voir l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus du 20 mars 2020, ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RO 2020 877). Cette ordonnance a été modifiée à plusieurs reprise (modifications du 25 mars 2020, RO 2020 1075 ; modifications du 8 avril 2020, RO 2020 1201 ; modifications du 20 mai 2020, RO 2020 1777 ; modifications du 12 août, RO 2020 3569 et modifications du 7 octobre 2020, RO 2020 3971). Elle prévoit notamment qu'en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37 let. b LACI, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Les modifications sont entrées en vigueur de manière rétroactive au 1er mars 2020 (voir art. 9 ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Cette disposition a eu un effet jusqu'au 31 mars 2021 (art. 9 al. 6).

d. Le 9 avril 2020, le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après le SECO) a adopté la directive 2020/06, applicable avec effet rétroactif au 1er mars 2020. Il y a précisé que pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception, si l'entreprise avait dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle avait déposé sa demande avant le 31 mars 2020 (directive 2020/06, p. 8). Il y a également apporté des précisions au sujet des demandes émanant d'entreprises de droit public (directive 2020/06, pp. 5-6).

La chambre de céans a jugé dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020) qu'en admettant la rétroactivité des demandes déposées avant le 31 mars 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 préavis de RHT correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

e. Dans un arrêt ultérieur, se référant notamment à un arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 7 octobre 2020 (VGE 200.20.428.ALV c. 5 ; JTA 200.2020.425.AC consid. 6.1) ainsi qu'à un renseignement de l'OCE relatif à sa pratique, la chambre de céans a, s'agissant d'un titulaire d'une entreprise individuelle exploitant un café internet, soit un établissement public qui avait été contraint de fermer ses locaux dès le 17 mars 2020, et au nom du principe de l'égalité dans l'illégalité, retenu fictivement que la demande, adressée le 26 mars 2020, avait été envoyée le 17 mars 2020 et a ouvert ainsi dès cette date, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT (ATAS/157/2021 du 2 mars 2021 consid. 22, 23 et 25).

f. Le 19 mars 2021, l'Assemblée fédérale a adopté l'art. 17b de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19 - RS 818.102). D'après son al. 1er, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, aucun délai de préavis ne doit être observé pour la RHT. Le préavis doit être renouvelé lorsque la RHT dure plus de six mois. À partir du 1er juillet 2021, une RHT pour une durée de plus de trois mois ne peut être autorisée que jusqu'au 31 décembre 2021 au plus tard. Toute modification rétroactive d'un préavis existant doit faire l'objet d'une demande auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

D'après le ch. III al. 7 de la modification du 19 mars 2021 à la loi COVID-19 (RO 2021 153), l'art. 17b al. 1 entre en vigueur rétroactivement le 1er septembre 2020 et a effet jusqu'au 31 décembre 2021.

Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi COVID-19 du 17 février 2021 que l'art. 17b crée une disposition directement applicable qui, après son entrée en vigueur, n'a pas besoin d'être mise en œuvre dans l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. L'al. 1 1ère phr. supprime totalement le délai de préavis pour toutes les entreprises. Le début de la réduction de l'horaire de travail pourra être autorisé à partir de la date du préavis pour autant que toutes les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité soient remplies. Par ailleurs, selon l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis doit être renouvelé et la réduction de l'horaire de travail autorisée de nouveau si celle-ci dure plus de trois mois. L'al. 1, 2ème phr. de l'art. 17b de la loi COVID-19 prévoit que l'autorisation de réduction de l'horaire de travail émise par l'autorité cantonale sera désormais valable pendant six mois. Autrement dit, l'entreprise ne devra renouveler le préavis que si la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Cette réglementation allègera la charge administrative des entreprises et des organes d'exécution (FF 2021 285, p. 29s.).

5. a. En l'espèce, il résulte des dispositions légales et de la jurisprudence susmentionnées que le droit à l'indemnité en cas de RHT ne peut être octroyé avec effet rétroactif. En conséquence, c'est à juste titre que l'intimé a refusé le droit aux RHT à la recourante qui l'a demandé le 10 novembre 2020 pour la période du 1er septembre au 31 octobre 2020.

b. Reste à déterminer si la recourante peut se prévaloir d'une excuse valable pour ne pas avoir transmis le préavis en temps utile.

Ne peut entrer en ligne de compte comme motif justifiant une restitution d'un délai tel que celui prévu par l'art. 58 al. 4 OACI, selon la jurisprudence relative à l'art. 41 LPGA, qu'une l'impossibilité objective ou une force majeure ainsi que 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 du Tribunal fédéral 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).

En l'espèce, les circonstances invoquées par la recourante, à savoir une erreur de son mandataire qui aurait mis le dossier en attente ou traité le dossier avec retard,

ne constituent manifestement pas un motif fondé de restitution du délai pour la remise du préavis.

c. Enfin, la recourante ne se trouve pas dans une situation dans laquelle elle pourrait se prévaloir du principe de l'égalité dans l'illégalité, dès lors que la directive du SECO qui prévoyait un effet rétroactif au préavis n'était plus en vigueur lors de la période en cause.

6. Partant le recours doit être rejeté.

La procédure et 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