RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1364/2020 **ATAS/485/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 mai 2021

3ème Chambre

En la cause

A_____, à GENÈVE	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 27 mars 2020, le A_____ de Genève (ci-après : l'employeur) a annoncé à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) son intention d'introduire la réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) à compter du 12 mars 2020.
2. Par décision du même jour, l'OCE a fait partiellement opposition au dit préavis et n'a accordé la RHT qu'à compter du 27 mars, jusqu'au 26 juin 2020.
3. Par courrier du 1er avril 2020, l'employeur a formé opposition à cette décision en contestant la date d'octroi de la RHT. Il a argué que le délai de préavis avait été supprimé et a demandé à ce que l'indemnité soit versée dès le 14 mars 2020.
4. Par décision du 8 avril 2020, l'OCE a rejeté l'opposition : l'employeur avait déposé sa demande le 27 mars 2020 ; c'était dès lors à juste titre que l'octroi des indemnités débutait à cette même date.
5. Par écriture du 15 avril 2020, l'employeur a interjeté recours auprès de la Cour de céans.

   Il allègue que ce n'est qu'à partir du moment où a été adoptée l'ordonnance du 20 mars 2020 que le droit à l'indemnité a été élargi aux emplois de durée déterminée et que le formulaire simplifié à l'usage de ce type de contrats n'a été mis en ligne que le 23 mars 2020. Il en tire la conclusion qu'il lui était donc matériellement impossible de déposer sa demande avant le 20 mars.
6. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 8 juin 2020, 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. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé n'a octroyé l'indemnité en cas de RHT qu'à compter du 27 mars 2020 et refusé l'effet rétroactif au 17 mars 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) et doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI), étant précisé qu'elle sera par la suite remboursée par la caisse de chômage, à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), un délai d'attente de deux à trois jours devant être supporté par l'employeur (cf. 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 [OACI - RS 837.02], modifié temporairement en raison de la pandémie de coronavirus).

   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 mesure. 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.

   c. 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.

5. 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) qui ne peut être ni prolongé, ni suspendu, mais restitué si une raison valable peut être invoquée (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).

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

a. Le 28 février 2020, 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), il a adopté 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 LEp, 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 (art. 11 de l'ordonnance 2 COVID-19).

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 de l'ordonnance 2 COVID-19 telle que modifiée le 16 mars 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020) ; ces mesures, initialement prévues jusqu'au 19 avril 2020, ont été 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, il a modifié l'art. 50 al. 2 OACI : jusqu'au 30 septembre 2020, pour chaque période de décompte, seul un délai d'attente d'un jour était 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 (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 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) ont pu également prétendre 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 a pu demander le versement de l'indemnité en cas de RHT sans devoir en faire l'avance (art. 6).

Cette ordonnance a ensuite été modifiée le 26 mars 2020, avec effet rétroactif au 17 mars 2020 également (art. 9 de l'ordonnance, état au 26 mars 2020). Le nouvel art. 8b prévoyait ceci :

> [1] En dérogation aux art. 36, al. 1, LACI et 58 al. 1 à 4, de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI), l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs.

[2] Le préavis de réduction de l'horaire de travail peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique.

Dans sa directive 6 du 9 avril 2020, le SECO a précisé que, pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 devait être 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 (date de réception /cachet de la poste).

L'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a été abrogé le 1er juin 2020 (RO 2020 1777), les art. 3 et 6 l'ont été le 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

Le 9 avril 2020, un effet rétroactif au 1er mars 2020 a été conféré à l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à toutes ses modifications (art. 9 al. 1 de l'ordonnance modifié par l'ordonnance du 8 avril 2020 sur les mesures complémentaires dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus; RO 2020 1201). L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a été prolongée jusqu'au 31 août 2020 (art. 9 al. 2 également modifié par l'ordonnance du 8 avril 2020 sur les mesures complémentaires dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus).

Les art. 3 et 6 de l'ordonnance ont été abrogés avec effet au 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

7. Dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), la Cour 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 l'indemnisation et que le droit aux indemnités ne pouvait naître rétroactivement.

   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 10 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.

8. Selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas

appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en cause. En revanche, si l'autorité s'écarte de la loi non seulement dans un ou quelques cas, mais de manière constante et si elle laisse entendre qu'elle continuera à l'avenir à prendre des décisions non conformes à la loi, le citoyen peut exiger d'être traité de la même façon, c'est-à-dire d'être lui aussi favorisé dans l'illégalité, dans la mesure où d'autres intérêts légitimes ne s'en trouvent pas lésés. L'application de l'égalité de traitement dans l'illégalité suppose toutefois que les faits à apprécier soient identiques ou au moins semblables (ATF 131 V 9 consid. 3.7, 126 V 390 consid. 6a).

9. Dans un jugement de principe (VGE 200.20.428.ALV c. 5; JTA 200.2020.425.AC consid. 6.1), le tribunal administratif du canton de Berne a estimé que la pratique du SECO qu'il avait qualifiée d'illégale, qui avait été communiquée aux autorités cantonales de l'assurance-chômage par directives, avait été, avec une vraisemblance prépondérante (degré de preuve usité en droit des assurances sociales; ATF 144 V 427 consid. 3.2 par ex.), systématiquement appliquée pendant la période en cause en faveur des entreprises ayant dû fermer. Ainsi, il était arrivé à la conclusion qu'il se trouvait dans une situation (exceptionnelle) où les conditions strictes autorisant l'application du principe de l'égalité de traitement dans l'illégalité étaient réunies (à ce sujet voir ATF 131 V 9 consid. 3.7, ATF 126 V 390 consid. 6a).

10. a. 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 ; ATF 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).

    b. La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé 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 preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en

donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2).

11. En l'occurrence, l'employeur gère un théâtre de marionnettes qu'il a dû fermer le 17 mars 2020 en exécution de l'ordonnance 2 COVID-19.

    Comme cela ressort des considérants ci-dessus, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de 10 jours a été supprimé (cf. art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Ainsi, pendant cette période, un employeur pouvait appliquer une RHT dès réception, par l'intimé, du préavis, et être indemnisé dès cette date.

    Le recourant a formé sa demande en date du 27 mars 2020.

    S'agissant de l'effet rétroactif au 17 mars 2020, à titre d'égalité de traitement avec les assurés ayant déposé leur demande avant le 31 mars 2020, la Cour de céans ayant jugé illégale la directive du SECO prévoyant cette rétroactivité, il convient de se poser la question de l'égalité dans l'illégalité.

    La situation du recourant est semblable à celle de ceux qui ont dû fermer leur établissement par décision des autorités dès le 17 mars 2020 et pour lesquels la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l'OCE.

    À l'époque des faits, cette pratique n'a pas été remise en question - la directive étendant les droits des bénéficiaires au 17 mars 2020 -, de sorte qu'il se justifie de traiter le recourant de la même manière que les employeurs ayant dû fermer leurs établissements publics et ayant adressé leur préavis au plus tard le 31 mars 2020.

    Dans une autre cause, sur demande de la Cour de céans, l'OCE lui a indiqué, le 6 novembre 2020, avoir octroyé l'indemnité en cas de RHT avec effet rétroactif pour des entreprises dont la fermeture avait été ordonnée le 17 mars 2020 par l'ordonnance 2 COVID-19, sans pouvoir préciser le nombre de cas (ATAS/1189/2020 du 9 décembre 2020 ch. 7 en fait).

    Eu égard à ce qui précède, au nom du principe de l'égalité dans l'illégalité, il y a lieu de retenir fictivement que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020 et d'ouvrir ainsi dès cette date, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT.

12. Au vu de ce qui précède, le recourant a droit à des indemnités pour RHT dès le 17 mars 2020.

13. Le recours est admis. La décision sur opposition est réformée en ce sens que le droit à des indemnités pour RHT est reconnu dès le 17 mars 2020.

14. La procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet au sens des considérants.
3. Réforme la décision sur opposition du 8 avril 2020, en ce sens que la recourante a droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à partir du 17 mars 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

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