



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1396/2020

ATAS/867/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 12 octobre 2020

6^{ème} Chambre

En la cause

A_____, sise c/o B_____, à Genève

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, case
postale 2660, 1211 Genève 2

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Par courriel du 20 avril 2020, la C_____ a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour A_____ (ci-après : la société) pour une durée prévisible du 16 mars au 15 juin 2020 et pour une personne, signé par la société le 2 avril 2020.
2. Par décision du 20 avril 2020, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a fait partiellement opposition au préavis précité et a octroyé l'indemnité en cas de RHT du 20 avril au 19 octobre 2020 pour toute l'entreprise.
3. Le 28 avril 2020, Monsieur B_____, pour la société, a fait opposition à la décision précitée en réclamant l'indemnité depuis le mois de mars ; la fermeture des commerces ainsi que le confinement avaient réduit drastiquement la demande de sa clientèle et dès lors son temps de travail.
4. Par décision du 4 mai 2020, l'OCE a rejeté l'opposition, au motif que la demande avait été déposée le 20 avril 2020, que la société n'exploitait pas un établissement public visé par l'ordonnance 2 COVID-19 et qu'elle avait déposé sa demande après le 31 mars 2020.
5. Le 11 mai 2020, la société a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée, en faisant valoir qu'une première demande d'indemnité en matière de RHT avait été envoyée à l'OCE le 28 mars 2020 par pli postal et que ce n'était que le 20 avril 2020 qu'elle avait, aidée de son comptable, relancé l'OCE. Celui-ci refusait de tenir compte de la première demande du 28 mars 2020, ce qui la pénalisait.

Elle a joint deux formulaires de demande et décompte d'indemnité en cas de RHT signés respectivement les 28 mars 2020 et 20 avril 2020, munis du tampon de la société.
6. Le 9 juin 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours, en relevant que la copie d'un formulaire de demande pour la RHT daté du 28 mars 2020 était insuffisante pour démontrer son envoi à cette date.
7. La société n'a pas répliqué dans le délai imparti.

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 en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT pour la période du 16 mars au 19 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).

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, jusqu'au 30 septembre 2020, 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) peuvent également prétendre à une indemnité en cas de RHT. Par ailleurs, plus aucun délai d'attente ne doit être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et l'employeur peut 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). Le nouvel art. 8b prévoit que 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 (al. 1) et que 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 (al. 2).

Dans sa directive 6 du 9 avril 2020, le SECO a précisé que 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).

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

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 de réception 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 suppression, par le biais de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, du délai de préavis n'équivalait pas à la suppression du principe du préavis. S'il avait certes fait rétroagir la suppression de ce délai au 17 mars 2020, le Conseil fédéral n'avait pas prévu que les indemnités en cas de RHT pouvaient désormais être payées rétroactivement, en dérogation à l'art. 36 LACI. Quant à la directive 2020/06 du 9 avril 2020 du SECO - selon laquelle toute demande transmise à l'autorité avant le 31 mars 2020 était considérée comme ayant été déposée le 17 mars 2020 si l'entreprise concernée avait fermé ses portes en raison des mesures de confinement prononcées dès cette date - elle a été considérée comme illégale. 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.
7. 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).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). En matière d'indemnités de chômage, l'assuré supporte les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise des pièces nécessaires pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment la liste de recherches d'emploi (cf. arrêt C 294/99 du 14 décembre 1999 consid. 2a, in DTA 2000 n o 25 p. 122; cf. aussi arrêt 8C 427/2010 du 25 août 2010 consid. 5.1 ; arrêt du 29 juillet 2013 8C 591/2012). A défaut de remise directement à l'ORP, c'est la date de la remise des preuves de recherche d'emploi à La Poste suisse qui fait foi et non la date de réception de l'ORP (Boris RUBIN, op. cit. ad. art. 17 no 31). Par ailleurs, en l'absence d'indices contraires, l'inscription par l'administration d'une date de réception laisse présumer que l'envoi lui est parvenu le même jour, voire un jour plus tard, s'il est déposé dans la boîte aux lettres de son destinataire (arrêt du 25 août 2010 précité).

8. En l'occurrence, la recourante n'a pas apporté la preuve de l'envoi le 28 mars 2020 de la demande d'une indemnité en cas de RHT. Le formulaire versé au dossier, signé du 28 mars 2020, n'est en effet pas à même de prouver son dépôt ou son envoi à l'intimé à cette même date. Elle doit ainsi supporter les conséquences de l'absence d'une telle preuve.

Partant, il doit être retenu que la demande d'indemnité en matière de RHT a été déposée par la recourante le 20 avril 2020.

Conformément à l'arrêt de principe du 25 juin 2020 précité, l'indemnité ne pouvait être allouée que dès le 20 avril 2020, ce que la décision litigieuse prévoit.

9. Partant, le recours ne peut qu'être rejeté.

Pour le surplus, 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

La présidente

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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