RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1431/2020 **ATAS/678/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 juin 2021

5ème Chambre

En la cause

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

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

EN FAIT

1. A_____ Sàrl (ci-après : l'employeuse ou la recourante) est une galerie d'art, organisant, notamment, des expositions et employant 2 personnes.

2. Par courriel du 3 avril 2020, l'employeuse a indiqué à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) qu'elle subissait des pertes de gains très importantes en raison des annulations de plusieurs expositions et évènements. Elle a joint à son message le formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), daté du 30 mars 2020, mentionnant une réduction à partir du 16 mars 2020, pour 2 personnes, avec un taux probable de perte de travail de 80%.

3. Par décision du 3 avril 2020, l'OCE a partiellement fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, considérant que l'indemnité ne pouvait être accordée que pour la période allant du 3 avril au 2 octobre 2020.

4. Par courriel du même jour, l'employeuse a fait opposition, informant l'OCE qu'un de ses collaborateurs lui avait confirmé qu'elle pouvait indiquer la date rétroactive du 16 mars 2020. Elle avait dû, dans un premier temps, analyser les impacts de la crise sur ses activités. Suite à la fermeture de la galerie les deux dernières semaines, elle avait été contrainte d'annuler ses deux prochaines expositions, ce qui avait eu un énorme impact financier et des conséquences sur ses horaires de travail.

5. Par décision sur opposition du 24 avril 2020, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du « 2 avril 2020 » (recte : 3 avril 2020), au motif que l'employeuse avait déposé sa demande après le 31 mars 2020, soit le « 2 avril 2020 » (recte : le 3 avril 2020) et que les indemnités en cas de RHT ne pouvaient être octroyées qu'à partir de cette même date.

6. Par courrier du 27 avril 2020, l'employeuse a rappelé à l'OCE qu'elle avait sollicité le paiement des indemnités à partir du 16 mars 2020, suite à la fermeture immédiate de la galerie. Elle requérait donc le versement rétroactif des indemnités, dès le 16 mars 2020, date qui correspondait à la réduction de ses activités à 80%.

7. Le 19 mai 2020, l'OCE a transmis cette écriture, comme objet de sa compétence, à la chambre de céans qui a ouvert la présente procédure.

8. Par réponse du 18 juin 2020, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur opposition.

9. Invitée à se déterminer, la recourante n'a pas répliqué.

10. 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. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision sur opposition du 24 avril 2020, par laquelle l'intimé a refusé d'octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail avec effet rétroactif au 16 mars 2020.

4. a. Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale de travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, à certaines conditions.

Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une réduction de l'horaire de travail, 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 réduction de l'horaire de travail 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. Le respect des délais de préavis est une condition formelle du droit. Il s'agit d'un délai de déchéance (ATF 110 V 334 ; 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 334 ; 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 liée à la COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes durant le premier trimestre de l'année 2020.

   Le 13 mars 2020, il a ainsi édicté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de diminuer le risque de transmission de la COVID-19. Cette ordonnance, qui a par la suite fait l'objet de plusieurs modifications, a notamment interdit les rassemblements atteignant un certain nombre de personnes et l'ouverture de plusieurs catégories d'établissements et commerces.

   En matière d'assurance-chômage, le Conseil fédéral a également adopté plusieurs mesures en lien avec la pandémie. Le 20 mars 2020, il a ainsi promulgué 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), laquelle est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020, conformément à son art. 9. Cette ordonnance a notamment eu pour objets l'élargissement du cercle des bénéficiaires des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, la suppression d'un délai d'attente de la perte de travail à prendre en considération et le droit de demander le versement de l'indemnité sans devoir l'avancer. Son art. 4, abrogé au 1er septembre 2020, disposait qu'en dérogation à l'art. 33 al. 1 let. e, LACI, une perte de travail était prise en considération lorsqu'elle touchait des personnes ayant un emploi d'une durée déterminée, en apprentissage ou au service d'une organisation de travail temporaire. L'art. 8*b* de cette ordonnance, en vigueur du 26 mars 2020 au 31 mai 2020, prévoyait qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de réduction de l'horaire de travail pouvait également être communiqué par téléphone. L'employeur était tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

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

6. Le Secrétariat d'État à l'Économie (ci-après : le SECO) a émis plusieurs directives régissant le droit aux indemnités en cas de RHT en lien avec la pandémie.

Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les instructions de l'administration, en particulier de l'autorité de surveillance, visent à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'éviter, dans la mesure du possible, que les caisses ne rendent des décisions viciées qu'il faudra ensuite annuler ou révoquer et d'établir des critères généraux pour trancher chaque cas d'espèce, cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit, et donnent le point de vue de l'administration sur l'application d'une règle de droit, et non pas une interprétation contraignante de celles-ci (ATF 129 V 200 consid. 3.2). Elles ne constituent pas des normes de droit fédéral et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité. Elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 V 175 consid. 4.1).

Dans sa directive 4/2020 du 3 avril 2020, le SECO a annoncé des mesures supplémentaires pour faciliter l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail en lien avec le coronavirus de façon rapide et peu bureaucratique, notamment sous forme d’une simplification des questions auxquelles il fallait répondre dans le nouveau formulaire exceptionnel « Préavis de réduction de l'horaire de travail ». Cette directive prévoyait en outre que les entreprises ayant déjà déposé une demande de réduction de l'horaire de travail pouvaient annoncer directement à la caisse de chômage les nouvelles personnes y ayant droit après coup, avec effet rétroactif à la date de la décision de l’autorité cantonale. En outre, si, en raison d’erreurs ou d’indications mal comprises de la part des organes d’exécution, la date de réception ou la date du timbre postal ne pouvait plus être déterminée, la période prévue commençait à courir à la date annoncée par l’employeur, au plus tôt le 17 mars 2020, et faisait office de date de réception. Tous les préavis relatifs à la pandémie et reçus au moyen du formulaire conventionnel pouvaient également être traités de manière allégée. Si l’employeur annonçait la réduction de l’horaire de travail pour toute l’entreprise, et pas seulement pour un secteur d’exploitation, l’organigramme n’était pas nécessaire.

7. Dans un arrêt de principe (ATAS/510/2020) du 25 juin 2020, répondant à la question de savoir si l’art. 8b de l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage a suspendu, tant que dure la pandémie, le principe de la non-rétroactivité des indemnités RHT tel que prévu par l’art. 36 LACI, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) a interprété ledit art. 8b conformément aux diverses méthodes d’interprétation applicables en la matière. Selon elle, force est de constater, en premier lieu, que l’al. 1 de cette disposition prévoit que l’employeur n’est pas tenu de respecter un délai de préavis. Ceci

signifie qu'un préavis est toujours requis, ce qui est au demeurant confirmé par l'al. 2 qui porte sur la possibilité de communiquer son préavis par téléphone, de sorte que seul le délai - au sens de l'art. 36 al. 1 en lien avec l'art. 58 al. 1 à 4 OACI - a été supprimé, entre le 17 mars et le 31 mai 2020 et non l'exigence d'un préavis (consid. 5 et 6 a et b). Dans le cadre de l'examen de la question de savoir si, compte tenu de la référence à l'art. 58 al. 4 OACI et vu la suppression du délai, le préavis doit en réalité être considéré comme un avis, la CJCAS a conclu qu'une RHT, pour laquelle une indemnisation est demandée, doit toujours être annoncée à l'avance, même en application de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (consid. 6c à e). En définitive, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de dix 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, mais non avant (consid. 8).

8. 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).

9. En l'espèce, la recourante exploite une galerie d'art qui a dû fermer le 17 mars 2020, en exécution de l'ordonnance 2 COVID-19.

   Comme cela ressort des considérants *supra*, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de 10 jours a été supprimé. Ainsi, la recourante avait droit à l'indemnité RHT dès le jour de sa demande à l'intimé, sans effet rétroactif.

   Ce n'est que par courriel du 3 avril 2020 que la recourante a envoyé à l'intimé le formulaire de préavis de RHT dûment rempli. Que ce document soit daté du 30 mars 2020 n'est pas pertinent, dès lors qu'il est établi, par les pièces du dossier, que la demande n'a été adressée à l'intimé qu'en date du 3 avril 2020, soit postérieurement au 31 mars 2020. La recourante ne soutient d'ailleurs pas que sa demande serait intervenue avant cette date.

   Étant encore précisé que la recourante n'a pas été en mesure de démontrer, ni même de rendre vraisemblable, qu'un collaborateur de l'OCE lui avait effectivement confirmé qu'elle pouvait indiquer la date rétroactive du 16 mars 2020 dans sa demande de préavis.

   De même qu'en raison de la date de la demande, la question de l'égalité dans l'illégalité ne se pose pas.

Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimé a octroyé à la recourante l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du 3 avril 2020.

10. Compte tenu de ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition confirmée.

11. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

1. Le rejette.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. 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
Nathalie LOCHER	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