

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1470/2020

ATAS/1174/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 décembre 2020

4^{ème} Chambre

En la cause

A_____, sis à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 31 mars 2020, A_____, entreprise de génie civil et du bâtiment exploitée par Monsieur A_____ (ci-après l'entreprise ou la recourante), a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après RHT) pour son seul employé, en raison de la décision du Conseil d'État genevois de fermer les chantiers, précisant que la RHT avait débuté le 20 mars 2020 pour une durée indéterminée.
2. Par décision du 1^{er} avril 2020, l'OCE a octroyé à l'entreprise l'indemnité en cas de RHT pour la période du 31 mars au 29 juin 2020, considérant qu'en raison de l'apparition de l'épidémie de coronavirus (ci-après COVID-19) et de la perte soudaine de travail engendrée par ce dernier ainsi que des mesures prises par l'autorité, sa situation était exceptionnelle.
3. Le 14 avril 2020, l'entreprise a formé opposition à la décision de l'OCE, en se prévalant de l'arrêté concernant les chantiers sur le territoire de la République et canton de Genève du Conseil d'État du 18 mars 2020 (ci-après l'arrêté concernant les chantiers), qui ordonnait l'arrêt complet des chantiers dès le vendredi 20 mars 2020 à 12h (art. 1 et 6).

Depuis le 18 mars 2020, elle avait ainsi passablement de travail pour son ouvrier et aurait même pu prendre un intérim selon les nécessités. Son activité s'était arrêtée brutalement le 18 mars et non le 31 mars 2020. Elle demandait en conséquence à l'OCE le réexamen de sa requête.

4. Par décision sur opposition du 21 avril 2020, l'OCE a confirmé sa décision du 1^{er} avril 2020, considérant que l'entreprise n'exploitait pas un établissement visé par l'art. 6 de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24) et qu'elle n'avait donc pas été contraint de fermer ses locaux.
5. Selon l'extrait du suivi des envois de La Poste, la décision sur opposition a été envoyée le 21 avril 2020, la destinataire a été avisée dans la case postale pour un retrait au guichet le 22 avril 2020 et le pli a été retourné conformément aux instructions à l'expéditeur le 30 avril 2020. L'enveloppe ayant contenu la décision sur opposition porte la mention « délai 29.04 ».
6. Le 13 mai 2020, l'OCE a renvoyé à l'entreprise sa décision du 21 avril 2020 sous pli simple en attirant son attention sur le fait que le délai de recours de trente jours pour contester la décision avait commencé à courir à l'échéance du délai de garde de sept jours suite à la première notification infructueuse de la décision.
7. Le 25 mai 2020, l'entreprise a formé recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre la décision sur opposition de l'OCE. Elle était une petite entreprise de maçonnerie et de travaux publics. Elle ne savait pas que c'était à l'employeur de faire la demande de RHT et avait pensé que cette démarche allait être automatiquement entreprise par sa caisse de compensation (ci-après la

CCB), qui était chargée d'établir les fiches de salaire de son employé. Elle avait signalé à celle-ci, sur la fiche individuelle de travail mensuelle de son employé, les huit jours de chômage à prendre en compte pour le mois de mars. La CCB lui avait alors signalé que c'était à l'employeur d'introduire la demande de RHT. Elle avait alors déposé immédiatement son préavis à l'OCE, soit le 31 mars 2020, et pensait que celui-ci était valable rétroactivement.

À l'appui de son recours, la recourante a produit la fiche individuelle de travail relative à son employé qu'elle avait transmise, à une date indéterminée, à la CCB indiquant le nombre d'heures travaillées en mars et sur laquelle avait été ajouté à la main : « chômage 8 jours ».

8. Le 16 juin 2020, l'intimé a conclu au rejet du recours, considérant que la recourante n'apportait aucun élément nouveau.
9. Par courriel du 3 novembre 2020, la chambre de céans a demandé au Secrétariat d'État à l'économie (ci-après le SECO) s'il fallait comprendre que l'effet rétroactif prévu par sa directive n. 6 du 9 avril 2020 (ci-après la directive n. 6) pour les demandes déposées « avant le 31 mars 2020 » s'appliquait également aux demandes déposées le 31 mars 2020 ou seulement aux demandes déposées jusqu'au 30 mars 2020.
10. Le SECO a répondu par courriel du même jour que la formulation « avant le 31 mars 2020 » s'appliquait également aux préavis déposés le 31 mars 2020.
11. Sur demande de la chambre de céans, l'intimé 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. Elle n'en avait en revanche pas octroyée pour des entreprises ayant dû fermer en application de l'arrêté concernant les chantiers.
12. 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. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la 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 l'octroi de l'indemnité en cas de RHT du 18 au 30 mars 2020.
4. 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 RHT, à certaines conditions.

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 RHT. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels et le préavis est renouvelé lorsque la RHT dure plus de trois mois.

L'employeur doit remettre le préavis à l'organe compétent ou à La Poste au plus tard le dixième jour qui précède le début de la RHT (art. 29 al. 3 LPGA).

5. Pour lutter contre le COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes en édictant l'ordonnance 2 COVID-19 le 13 mars 2020 qui interdisait les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément 100 personnes (art. 6 al. 1) et qui limitait l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à 50 personnes (art. 6 al. 2).

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié cette ordonnance en interdisant toutes les manifestations publiques ou privées et en ordonnant la fermeture des magasins, des marchés, des restaurants, des bars, des discothèques, des boîtes de nuit et des salons érotiques (art. 6 al. 1 et 2). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

6. Sur le plan cantonal, le Conseil d'État a adopté, le 18 mars 2020, l'arrêté concernant les chantiers qui prévoyait à son art. 1 que les chantiers devaient être complètement mis à l'arrêt d'ici le vendredi 20 mars 2020 à 12h et qu'aucune activité ne pouvait plus s'y dérouler, sous réserve de l'art. 3.

À teneur de son art. 6, l'arrêté est entré en vigueur le 18 mars 2020 à 14h (al. 1.). Ces mesures s'appliquaient jusqu'au 19 avril 2020, y compris. Elles pouvaient être prolongées en cas de besoin (al. 2).

Cet arrêté a été abrogé par l'arrêté n. 2 d'application de l'ordonnance fédérale 2 sur les mesures destinées à lutter contre le COVID-19 et sur les mesures de protection de la population et de soutien aux entreprises face à la propagation du coronavirus COVID-19 du 25 mars 2020 (art. 11 al. 2), entré en vigueur le même jour (art. 12). L'art. 4 de l'arrêté n. 2 prévoit qu'aucun chantier ne peut être ouvert avant d'avoir adressé au service de l'inspection de la construction et des chantiers l'avis d'ouverture de chantier et l'attestation du respect des prescriptions émises par le SECO relatives à la prévention du COVID-19 en matière de chantiers, au moyen de la formule ad hoc (al. 1). Aucun chantier ne peut être poursuivi avant d'avoir

adressé au service de l'inspection de la construction et des chantiers l'avis de poursuite de chantier et l'attestation du respect des prescriptions émises par le SECO relatives à la prévention du COVID-19 en matière de chantiers, au moyen de la formule ad hoc (al. 2).

7. Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, avec une entrée en vigueur rétroactive au 17 mars 2020, qui prévoyait notamment que dès cette date que plus aucun délai d'attente ne devait être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et que 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), avec notamment l'introduction d'un nouvel art. 8b qui 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). Le préavis de réduction de l'horaire de travail peut également être communiqué par téléphone et l'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

Le Conseil fédéral a modifié l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée et de ses modifications le 9 avril 2020 (RO 2020 1201) prévoyant qu'elles entraient en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020 (art. 9 al. 1), avec effet jusqu'au 31 août 2020 (art. 9 al. 2) ;

L'art. 8b de l'ordonnance a été abrogé avec effet au 1^{er} juin 2020 (RO 2020 1777).

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

Dans la directive n. 6, 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 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).

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 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. Pendant cette

période particulière, la date de préavis de RHT correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

8. En l'espèce, lorsqu'elle a déposé son préavis, le 31 mars 2020, la recourante ne devait plus respecter un délai de préavis de 10 jours avant d'introduire la RHT. Pendant cette période, la date de réception du préavis de RHT correspondait en effet au début de la RHT et au début de l'indemnisation. En conséquence, c'est à bon droit que l'intimé a octroyé à la recourante l'indemnité en cas de RHT dès le 31 mars 2020, soit dès le jour du dépôt de son préavis. Il ne pouvait faire rétroagir le versement de l'indemnité, la directive n. 6 prévoyant un effet rétroactif à la demande étant contraire au droit.
9. Le fait que la recourante pensait à tort que ce n'était pas à elle de déposer le préavis et qu'elle a agi de ce fait avec retard n'y change rien. Il résulte en effet de l'art. 36 al. 1 LACI que c'est l'employeur qui doit requérir l'indemnité en faveur de ses travailleurs en cas de réduction de l'horaire de travail. Or, 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).
10. Le fait que la recourante a mentionné sur la fiche individuelle de travail de son employé qu'il a transmise à la CCB « chômage 8 jours » ne suffit pas à considérer qu'il aurait ainsi formé une demande de RHT mal acheminée, étant pour le surplus relevé que la date de la transmission de cette fiche n'est pas établie.
11. a. Se pose encore la question de savoir si la recourante pourrait bénéficier du principe de l'égalité dans l'illégalité, à savoir si elle doit être traitée de la même façon que les employeurs empêchés d'exercer leurs activités en application de l'ordonnance 2 COVID-19 ou de l'arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020, qui auraient bénéficié de la pratique instaurée par la directive n. 6.

La recourante a demandé l'indemnité en cas de RHT le 31 mars 2020 et le SECO a précisé à la chambre de céans que le délai prévu par cette directive pour les demandes déposées « avant le 31 mars 2020 », s'appliquait aux demandes déposées le 31 mars 2020. Il en résulte qu'il remplissait l'une des conditions prévues par la directive n. 6 pour se voir octroyer les indemnités en cas de RHT avec effet rétroactif.

La recourante est une entreprise de génie civil et de bâtiment et elle n'était pas visée par l'obligation de fermer ordonnée le 17 mars 2020 par l'ordonnance 2 COVID-19, mais elle était en revanche concernée par l'obligation d'arrêter les chantiers ordonnée par le Conseil d'État genevois le 18 mars 2020. L'on pourrait dès lors sans doute retenir qu'elle a dû fermer « en raison des mesures prises par les autorités », seconde condition prévue par la directive du SECO pour tenir compte des demandes avec effet rétroactif. Cette question peut toutefois rester ouverte en l'espèce, les conditions du principe de l'égalité dans l'illégalité n'étant pas réalisées.

b. Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 p. 114 et les arrêts cités). Toutefois 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 l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 134 V 34 consid. 9 p. 44 et les références).

Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale : l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si les intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce. Le droit à l'égalité dans l'illégalité présuppose donc que quatre conditions soient réalisées :

- Une véritable pratique illégale : des cas isolés ou extraordinaires ne suffisent pas. En outre, la pratique illégale doit être le fait de l'autorité compétente pour l'affaire en cause. Une pratique illégale concernant le même domaine dans un autre canton ne fonde pas un droit à l'égalité dans l'illégalité.
- La situation de celui qui réclame l'égalité doit être effectivement identique à celle de ceux qui ont bénéficié d'un traitement illégal.
- Il doit être apparent que l'autorité n'entend pas revenir à une pratique conforme à la loi. En d'autres termes, il doit ressortir de l'attitude probable de l'autorité pour les cas semblables futurs que c'est la pratique légale qui constituerait une exception dans le cas d'espèce.
- L'application au cas d'espèce du traitement illégal mais égal ne doit pas se heurter à un intérêt public ou privé prépondérant (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 599 et 600, pp. 202 et 203).

c. En l'occurrence, en admettant la rétroactivité des demandes déposées jusqu'au 31 mars 2020, le SECO a 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.

L'intimé ayant indiqué à la chambre de céans ne pas avoir accordé rétroactivement des indemnités en cas de RHT à des employeurs ayant dû fermer en application de l'arrêté concernant les chantiers, les conditions d'application du principe de l'égalité dans l'illégalité ne sont pas remplies. En effet, la situation de la recourante n'est pas identique à celle des employeurs qui se sont vus octroyer les indemnités en cas de RHT avec effet rétroactif qui ont dû fermer leur établissement en application de l'ordonnance 2 COVID-19 le 17 mars 2020.

Il n'y a donc pas lieu de reconnaître à la recourante un droit rétroactif aux indemnités en cas de RHT.

12. Le recours doit dès lors être rejeté et la décision sur opposition confirmée.
13. 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

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