

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1520/2020

ATAS/1266/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 décembre 2020

2^{ème} Chambre

En la cause

A_____SÀRL, sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Blaise PAGAN, Président; Maria COSTAL et Jean-Pierre WAVRE, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. A_____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante), inscrite au registre du commerce de Genève depuis 2011, a pour but, selon ledit registre, les vente, achat, gestion, négoce, courtage et location de produits et services dans le domaine du luxe, gestion et organisation de prestations de services sur mesure (life style Management).
2. À la suite des mesures officielles prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus avec effet à compter du 17 mars 2020, la société a, par courriel du 30 mars 2020, transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) un « préavis de réduction de l'horaire de travail » signé le 26 mars 2020, pour toute l'entreprise, à savoir ses deux employés, pour une durée probable du 17 mars au 19 avril 2020, en raison d'une perte de travail totale.
3. Par décision du 30 mars 2020 également, l'OCE, faisant « partiellement opposition » audit préavis, a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), toutefois uniquement pour la période du 30 mars au 29 septembre 2020.
4. Par courriel du 29 avril 2020, la société a sollicité de l'OCE l'octroi des indemnités RHT à partir du 17 mars 2020 (inclus), date à laquelle elle avait été obligée de fermer ses bureaux par suite des décisions des autorités, ce conformément aux assouplissements décidés dans la directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) 2020/06 du 9 avril 2020 (ci-après : la directive 2020/06).
5. Par décision sur opposition rendue le 8 mai 2020, l'OCE a confirmé la décision du 30 mars 2020 précitée, considérant que l'employeur n'exploitait en l'occurrence pas un établissement public et n'avait donc pas été contraint de fermer ses locaux, l'octroi des indemnités RHT commençant ainsi à la date du dépôt de la demande.
6. Par acte daté du 28 mai 2020 et posté le 30 mai suivant, la société a demandé à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales ou la chambre de céans) de revoir cette décision sur opposition afin qu'elle puisse conserver les indemnités RHT qu'elle avait reçues pour la période du 17 au 31 mars 2020.

En effet, dans la mesure où elle opérait dans le secteur du tourisme et de l'événementiel, tous ses contrats avaient été annulés en mars 2020 et n'étaient pas renouvelés pour l'instant, de sorte que le maintien de ses postes de travail était menacé par la chute de son chiffre d'affaires comme de celui de la profession.
7. Dans sa réponse du 12 mai 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision sur opposition querellée, considérant que la recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans son recours.
8. La recourante ne s'est pas manifestée dans le délai au 7 août 2020 qui lui avait été imparti pour formuler d'éventuelles observations par la lettre de la chambre de céans du 22 juin 2020.

9. Par pli du 17 novembre 2020, la chambre des assurances sociales a remis aux parties, pour information, une copie – caviardée – de son écriture du 16 octobre 2020 posant des questions à l'OCE dans une autre procédure ainsi qu'une copie – également caviardée – de la réponse de celui-ci du 6 novembre 2020, indiquant avoir accepté l'octroi d'indemnités en cas de RHT avec effet rétroactif en application de la directive 2020/06, uniquement pour des entreprises dont la fermeture avait été ordonnée le 17 mars 2020 par l'ordonnance 2 COVID-19, sans avoir de statistique quant au nombre de cas, mais ne pas en avoir octroyé pour des entreprises ayant dû fermer en application de l'arrêté concernant les chantiers sur le territoire de la République et canton de Genève du 18 mars 2020.
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).

La compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, l'acte de recours, dans la mesure où il permet de comprendre que la recourante conclut principalement à l'annulation de la décision sur opposition querellée en tant qu'elle lui refuse l'octroi d'indemnités RHT pour la période du 17 au 29 mars 2020 (art. 89B al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]), est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).
3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé a refusé, pour la période du 17 au 29 mars 2020, le versement des indemnités RHT sollicité par la recourante.
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, n. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31 ss LACI). 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 ; cf. consid. 4b infra). 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 LACI).

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 OACI prévoit des délais de préavis plus courts dans des circonstances particulières.

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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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, en 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 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) et sur l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19), dont l'art. 6 prévoit que les établissements publics sont fermés, notamment les magasins et les marchés (let. a), les restaurants (let. b), les bars, les discothèques, les boîtes de nuit et les salons érotiques (let. c), les établissements de divertissement et de loisirs, notamment les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, les

casinos, les centres sportifs et de fitness, les piscines, les centres de bien-être et les domaines skiables, les jardins botaniques et zoologiques et les parcs zoologiques (let. d), les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (let. e ; version au 28 mars 2020).

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 (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). À teneur du nouvel art. 8b, en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité RHT en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de RHT peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

Dans la directive 2020/6, 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 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 (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 de céans 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 chambre des assurances sociales 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).

Dans ce même arrêt (ATAS/510/2020 précité), la chambre de céans a rappelé que, destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux ; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) 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 132 V 121 consid. 4.4 et les références ; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1 ; consid. 9a). Selon la chambre des assurances sociales, en admettant dans la directive 2020/06 – à teneur de laquelle, pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 était 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 rétroactivité des demandes déposées avant le 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 RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. « Cela étant, pour pouvoir invoquer une inégalité de traitement dans l'illégalité, il faut encore que la recourante rende vraisemblable le fait que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi et que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables. Or, la pratique contestée par la recourante ne concerne que les demandes déposées entre le 17 et le 31 mars 2020, pour lesquelles l'intimé s'est selon toute vraisemblance déjà prononcé par décision. Il paraît ainsi peu probable qu'il soit amené, à l'avenir, à se prononcer sur une demande déposée en mars. Par conséquent, on ne peut pas prévoir que l'intimé persévérera dans l'inobservation de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. De

plus, la situation de la recourante n'est pas comparable à celles visées par la pratique en vigueur. Certes, comme d'autres, la recourante a été contrainte de fermer, le 17 mars 2020, la boutique qu'elle exploitait. Cependant, contrairement aux situations prévues par la pratique du SECO, elle a attendu le 14 avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO. On ne se retrouve dès lors pas dans le cas de deux employeurs ayant déposé leurs demandes respectives avant le 31 mars 2020, dont l'un aurait bénéficié de la pratique illégale du SECO alors que l'autre non » (consid. 9c).

En conclusion dudit ATAS/510/2020, c'est à juste titre que l'intimé a refusé d'indemniser la recourante pour la période antérieure à la réception du préavis par l'intimé (consid. 10).

7. En l'espèce, et conformément aux considérants de l'ATAS/510/2020 précité, c'est à juste titre que l'OCE a octroyé à la société des indemnités RHT dès la réception du préavis de celle-ci, le 30 mars 2020.

La recourante n'a pas contesté l'assertion de l'intimé contenue dans la décision sur opposition querellée selon laquelle elle n'était pas une entreprise ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités. Au surplus, il ne ressort pas des éléments du dossier que la société, qui est active, à teneur du recours, dans les domaines du tourisme et de l'événementiel, serait un établissement public ayant fermé en application de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19. Partant, la question de savoir si elle pourrait se prévaloir, en application du principe d'égalité de traitement, de la directive 2020/06, bien que déclarée illégale (ATAS/510/2020 précité), afin d'obtenir le versement rétroactif de l'indemnité en cas de RHT dès le 17 mars 2020, ne se pose pas (dans ce sens ATAS/1050/2020 du 29 octobre 2020 consid. 9b).

8. Vu ce qui précède, c'est conformément au droit que l'intimé a refusé d'indemniser la recourante pour la période antérieure à la réception du préavis.

Dans ces conditions, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition confirmée.

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

Le président

Sylvie CARDINAUX

Blaise PAGAN

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