RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1576/2020 **ATAS/303/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 mars 2021

15ème Chambre

En la cause

A_____ SA, exploitant B_____, sise à GENÈVE	recourante

contre

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

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____ SA (ci-après : l'employeuse ou la recourante) exploite un établissement public à Genève, soit un bar à l'enseigne B_____.

2. À la suite des mesures officielles prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus, l'employeuse a été contrainte de fermer ses locaux au public dès le 16 mars 2020.

3. Par courriel du 6 avril 2020, Madame C_____, pour le compte de A_____ SA, a adressé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) son préavis de réduction de l'horaire de travail pour deux personnes, dès le 16 mars 2020 et jusqu'au 16 juin 2020, en raison d'une perte de travail de 100 %.

4. Par décision du 7 avril 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) à compter du 6 avril 2020, date de la réception du préavis.

5. L'employeuse a fait opposition le 28 avril 2020 à cette décision et a requis un droit rétroactif à l'indemnité pour RHT au 16 mars 2020.

6. Le 5 mai 2020, l'OCE a confirmé, sur opposition, la décision du 7 avril 2020. Compte tenu de la directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) du 9 avril 2020, les demandes déposées avant le 31 mars 2020 rétroagissaient au 17 mars 2020 pour les établissements ayant été contraints de fermer en raison des mesures prises par les autorités. Étant donné que dans ce cas le préavis avait été communiqué que le 6 avril 2020, les indemnités pour RHT ne pouvaient être octroyées qu'à partir de cette dernière date.

7. Le 4 juin 2020, l'employeuse a recouru contre cette décision auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) et a conclu à son annulation et à l'octroi d'indemnités RHT dès le 16 mars 2020, subsidiairement au 17 mars 2020. Mme C_____, administratrice de A_____ SA, expliquait avoir été invitée par son propre employeur pour des raisons de sécurité sanitaire à ne plus se rendre sur son lieu de travail dès le 16 mars 2020. Son fils, D_____ qui effectuait son service civil à l'EMS F_____, avait, quant à lui, commencé à présenter des symptômes du COVID-19, le 12 mars 2020, et avait été malade du 14 mars au 1er avril 2020, selon un certificat médical produit. Le bar administré par Mme C_____ employait son époux, Monsieur E_____, et un autre employé à 50 %. Il avait dû fermer ses portes le 16 mars 2020. Dès cette dernière date, Mme C_____ et M. E_____ avaient également été malades et étaient restés confinés avec leur fils jusqu'au mois d'avril 2020. Mme C_____ expliquait avoir déposé son préavis dès qu'elle eut recouvré la santé, soit le 6 avril 2020. Dans la mesure où la société était administrée par elle-même et son époux et que tous deux étaient malades, personne n'avait pu envoyer le préavis dans le délai au 31 mars 2020.

8. Dans sa réponse au recours du 16 juin 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 ses écritures.

9. Invitée par la chambre de céans à produire tout document propre à attester son empêchement non fautif, la recourante a exposé, le 14 septembre 2020, qu'elle n'avait pas consulté de médecin et n'avait donc pas de certificat médical, qu'elle avait quand même pu travailler de temps en temps mais de manière confuse et limitée en raison de son état de santé. Le retard pris pour adresser le préavis à l'OCE était dû à l'état de peur, d'angoisse et de stress causé par la pandémie.

10. Entendue par la chambre de céans le 29 septembre 2020, la recourante a indiqué avoir fait du travail depuis chez elle entre le 16 mars et le 8 avril 2020 dans la mesure où son employeur le recommandait. L'une de ses collègues était venue lui apporter un ordinateur chez elle durant la première semaine du confinement. Elle avait travaillé quelques heures par jour durant le confinement. Son fils était tombé malade au travail et cela avait été la panique pour toute la famille. Elle avait tardé à remplir le préavis car ce n'était pas sa priorité dans le climat de stress et d'angoisse dû au confinement. Elle avait finalement rempli le formulaire de RHT le 2 avril et était allée le poster par la suite. Elle ignorait qu'en déposant le préavis en avril, elle serait pénalisée.

    La représentante de l'OCE a indiqué que toutes les informations relatives aux RHT figuraient sur le site internet de l'OCE et de la Fédération des entreprises romandes et que 10'000 employeurs avaient ainsi déposé leur demande de RHT à temps.

11. 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 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 bien-fondé du refus de l'intimé de verser à la recourante l'indemnité en cas de RHT pour la période du 16 mars au 6 avril 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.

5. 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.

6. 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).

7. Pour lutter contre l'épidémie de coronavirus (ci-après : COVID-19), le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes.

8. Le 13 mars 2020, il a adopté l'ordonnance 2 COVID-19, qui limitait l'accueil dans les restaurants à cinquante personnes (art. 6 al. 4). Le 17 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié cette ordonnance en ordonnant cette fois la fermeture des restaurants (art. 6 al. 2 let. b).

9. 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 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).

10. 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).

11. Dans la directive 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).

12. 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 dix 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 du préavis de RHT correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

13. Selon la jurisprudence concernant l'art. 36 LACI et l'art. 58 par. 4 OACI, en cas de notification tardive et sans excuse valable du préavis, la réduction des heures de travail n'est prise en compte qu'à l'expiration du délai de la notification tardive, le Tribunal fédéral ayant jugé cette réglementation nécessaire, objectivement justifiée et licite au regard de l'objectif poursuivi par la notification préalable du préavis, soit notamment de permettre l'examen des conditions d'admission du chômage partiel et de vérifier si l'employeur remplit les conditions de l'art. 37 LACI (cf. ATF 110 V 334 consid. 3 ainsi que les ATF 109 V 141 consid. 2b et 5a ; 108 V 116 consid. 3a).

14. Un retard de notification inexcusable entraîne la déchéance de la créance relative à la réduction des heures de travail. Dans ces conditions, l'enregistrement en temps utile est une condition formelle préalable à l'obtention du droit (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 162 Rz. 423 ; RUBIN n. 11 ad art. 36).

15. À teneur de l'art. 41 LPGA, si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis.

16. D'après la jurisprudence, une restitution de délai ne peut être accordée qu'en l'absence claire de faute du requérant ou de son mandataire, ce qui n'est pas le cas même d'une légère négligence ou d'une erreur en raison d'une inattention (arrêt du Tribunal fédéral 9C_821/2016 du 2 février 2017 consid. 2.2). Par « empêchement non fautif », il faut entendre non seulement l'impossibilité objective, comme le cas de force majeure - par exemple un événement naturel imprévisible (Anne-Sylvie DUPONT, in Commentaire romand, LPGA, 2018, n. 7 ad art. 41 LPGA) -, mais également l'impossibilité due à des circonstances personnelles ou à une erreur excusables (arrêts du Tribunal fédéral 8C_743/2019 du 20 décembre 2019 consid. 4.3 ; I 854/06 du 5 décembre 2006 consid. 2.1), à savoir lorsque, pour des motifs indépendants de leur volonté, il leur est impossible d'effectuer l'acte requis dans le délai initial ou d'instruire un tiers en ce sens (Anne-Sylvie DUPONT, op. cit., n. 7 ad art. 41 LPGA). Ces circonstances doivent toutefois être appréciées objectivement : est non fautive toute circonstance qui aurait empêché un plaideur - respectivement un mandataire - consciencieux d'agir dans le délai fixé (arrêt du Tribunal fédéral I 854/06 du 5 décembre 2006 consid. 2.1).

17. Dans un arrêt du 2 juin 2017 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_54/2017), le Tribunal fédéral a rappelé qu'il fallait comprendre, par empêchement non fautif d'accomplir un acte de procédure, non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou une erreur excusable. La maladie ou l'accident peuvent, à titre d'exemples, être considérés comme un empêchement non fautif et, par conséquent, permettre la restitution d'un délai de recours, s'ils mettent la partie recourante ou son représentant légal objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par soi-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dans le délai (ATF 119 II 86 consid. 2 p. 87 ; 112 V 255 ; voir également arrêts du Tribunal fédéral 9C_209/2012 du 26 juin 2012 consid. 3.1 et 8C_767/2008 du 12 janvier 2009 consid. 5.3.1).

18. L'absence de faute doit en revanche être niée lorsque la maladie n'empêche pas réellement d'accomplir l'acte demandé (arrêt du Tribunal fédéral 8C 95/2015 consid. 6.1 du 1er juin 2015, le cas d'un assuré souffrant de plusieurs tumeurs ne l'empêchant toutefois pas d'agir). La restitution du délai n'a pas été accordée à un justiciable en cas d'immobilisation de son bras droit ou d'une personne souffrant d'une grippe grave, dans la mesure où il n'y avait pas d'indication objective et où il n'avait pas été prouvé que le justiciable n'aurait pas été en mesure d'agir dans les délais en dépit de l'obstacle ou, si nécessaire, de confier à un représentant la protection de ses intérêts (arrêts van Driesten, non publiés au consid. 21 de l'arrêt du 21 février 1984, et Reichlin du 29 juin 1977). Si la maladie empêche le justiciable d'agir lui-même, mais qu'il pourrait raisonnablement, dans les circonstances, charger un tiers de sauvegarder ses intérêts, la restitution ne peut pas être accordée si la partie omet l'assistance d'un représentant (arrêt Lanni du 26 juin 1984).

19. En l'espèce, la société recourante gère un établissement qui a dû fermer ses locaux au public le 16 mars 2020. Ce n'est toutefois que le 6 avril 2020, que l'administratrice de la société a fait parvenir le préavis de RHT à l'OCE.

    Comme cela ressort des considérants précités, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de dix jours a été supprimé. Ainsi, la recourante avait droit à l'indemnité en cas de RHT dès le jour de sa demande à l'intimé, sans effet rétroactif. Dès lors qu'elle a communiqué son préavis de RHT par courriel du 6 avril 2020 à l'intimé, c'est à juste titre que ce dernier lui a octroyé l'indemnité en cas de RHT à compter de cette date seulement.

    La recourante ne peut pas se prévaloir qu'elle ignorait qu'elle devait déposer son préavis sans attendre et qu'elle n'aurait droit à des indemnités de RHT que dès le dépôt de sa demande et non de manière rétroactive. En effet, la loi que nul n'est censé ignorer (ATF 124 V 215 consid. 2b/aa p. 220 et arrêt du Tribunal fédéral 9C_97/2009 du 14 octobre 2009 consid. 3.3) n'a jamais consacré des versements rétroactifs d'indemnités de RHT avant la pandémie. Tout employeur était tenu d'informer l'OCE de sa volonté de réduire l'horaire de travail dix jours avant la

réduction effective. Ce n'est que par son ordonnance du 20 mars 2020, modifiée par la suite, que le Conseil fédéral a annulé le délai de préavis de dix jours sans toutefois prévoir de versement rétroactif d'indemnités.

Par ailleurs, le fait que la représentante de la recourante, le fils et l'époux de celle-ci aient été confinés et malades, qu'ils étaient angoissés et avaient peur durant la période de confinement n'a pas empêché Mme C_____ de travailler quelques heures par jour à son domicile, l'une de ses collègues lui ayant d'ailleurs amené son ordinateur professionnel, de sorte qu'elle aurait pu adresser son préavis par email ou aller le déposer dans une boîte aux lettres dès la première semaine du confinement. La maladie invoquée par la représentante de la recourante et le confinement préconisé par les autorités fédérales ne permettent en outre pas de retenir qu'aucun des deux administrateurs de la recourante était entièrement incapable d'envoyer le préavis, par un simple courriel, à l'OCE ou dans l'impossibilité de charger un tiers d'agir à leur place.

20. La décision attaquée était ainsi fondée.

21. Infondé, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition confirmée.

22. 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
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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