

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1624/2020

ATAS/1189/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 décembre 2020

4^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A _____, B _____ ÉLECTRICITÉ, à GENÈVE

recourant

contre

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

intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après l'employeur ou le recourant) exploite B_____ Électricité, une entreprise individuelle ayant une activité générale dans le bâtiment, a demandé. Il demandé, le 30 mars 2020, à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après RHT), dès le 20 mars 2020 pour une période indéterminée.
2. Par décision du 2 avril 2020, l'OCE a indiqué que, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la CCGC) pouvait octroyer à l'employeur l'indemnité en cas de RHT pour la période du 30 mars au 29 septembre 2020.
3. Le 6 avril 2020, l'employeur a formé opposition contre la décision précitée, faisant valoir que l'OCE avait octroyé « le chômage » à des entreprises dès les 24, 27 et 29 mars 2020 et qu'il n'avait pas motivé sa décision. Or, ses employés étaient au chômage depuis la décision du Conseil fédéral, soit le 20 mars 2020 à midi. Il réitérait sa demande.
4. Par décision sur opposition du 20 avril 2020, l'OCE a rejeté l'opposition formée par l'employeur. Dès lors que celui-ci n'exploitait pas un établissement public visé par l'art. 6 de de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), il n'avait pas été contraint de fermer ses locaux. Dans la mesure où il avait déposé son préavis RHT le 30 mars 2020, c'était à juste titre que les indemnités en cas de RHT lui avaient été accordées dès cette date.
5. Le 10 mai 2020, l'employeur a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Une décision fédérale lui avait imposé un arrêt de travail le 20 mars 2020 à midi. Il avait été pénalisé par la décision de l'OCE, qui ne l'avait indemnisé qu'à partir du 30 mars alors que d'autres entreprises avaient été indemnisées dès les 24 ou 27 mars 2020 et ce, sans explication. Il concluait à ce que l'OCE fasse le nécessaire concernant les indemnités de ses employés.
6. Le 30 juin 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.
7. 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 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 (ci-après l'arrêté concernant les chantiers).
8. 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 bien-fondé du refus de l'intimé de verser au recourant l'indemnité en cas de RHT pour la période du 20 au 29 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 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 sa directive n. 6 du 9 avril 2020, le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après SECO), a précisé que 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 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'il a déposé son préavis, le 30 mars 2020, le recourant 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 par conséquent de l'indemnisation. En conséquence, c'est à bon droit que l'intimé a octroyé au recourant l'indemnité en cas de RHT dès le 30 mars 2020, soit dès le jour du dépôt de son préavis. Il ne pouvait faire rétroagir le versement de l'indemnité sur la base de la directive n. 6, celle-ci étant contraire au droit.
9. a. Se pose encore la question de savoir si le recourant pourrait bénéficier du principe de l'égalité dans l'illégalité, à savoir s'il doit être traité 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.

Le recourant a demandé l'indemnité en cas de RHT le 30 mars 2020. Il remplissait ainsi l'une des conditions prévues par la directive n. 6 pour se voir octroyer les indemnités en cas de RHT avec effet rétroactif.

Le recourant gère une entreprise générale d'électricité, sanitaire et chauffage. Son activité 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'il a dû cesser ses activités « 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 du Conseil d'État concernant les chantiers, les conditions d'application du principe de l'égalité dans l'illégalité ne sont pas remplies. En effet, le recourant n'a pas été traité différemment des autres entreprises genevoises actives dans la construction. Sa situation n'est en outre pas identique à celle des employeurs qui se sont vu 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, puisque sa situation n'était pas visée par cette ordonnance, qui n'a pas ordonné la fermeture des chantiers.

Il n'y a donc pas lieu de reconnaître au recourant un droit rétroactif aux indemnités en cas de RHT.

10. Le recours doit dès lors être rejeté et la décision sur opposition confirmée.
11. 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