

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1635/2020

ATAS/1050/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 octobre 2020

En la cause

A _____ S.A., _____, à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Doris GALEAZZI, Karine STECK,
Catherine TAPPONNIER et Marine WYSSENBACH, Juges ; Saskia
BERENS-TOGNY et Yda ARCE, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. A_____ S.A. (ci-après : la recourante), soit pour elle son administrateur unique, Monsieur B_____ (ci-après : l'administrateur), a transmis par courriel du 14 avril 2020 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), signé le 13 avril 2020, annonçant une perte de travail de 50 %, pour un travailleur, du 17 mars au 31 mars 2020. La recourante œuvre dans le commerce de pierres précieuses/bijoux/montres
2. Par décision du 14 avril 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, en octroyant celle-ci du 14 avril au 13 octobre 2020.
3. Le 11 mai 2020, la recourante a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir que ses bureaux avaient dû fermer à 18h le 16 mars 2020, de sorte que l'indemnité en cas de RHT était requise dès le 17 mars 2020, jusqu'au 11 mai 2020.
4. Par décision du 18 mai 2020, l'OCE a rejeté l'opposition, au motif que selon la directive du secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) du 9 avril 2020, 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, qu'en l'occurrence toutefois, la recourante n'avait pas été contrainte de fermer ses locaux le 16 mars 2020 et sa demande avait été déposée seulement le 14 avril 2020.
5. Le 6 juin 2020, la recourante a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours à l'encontre de la décision précitée, en faisant valoir qu'elle avait été contrainte de fermer ses locaux le 16 mars 2020, que sur les conseils de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes (FER-CIAM), elle avait demandé des allocations pour perte de gain (APG) le 28 mars 2020 auprès de celle-ci et que ce n'était que le 8 mai 2020 que la FER-CIAM l'avait informée qu'il fallait demander une indemnité en cas de RHT.
6. Le 23 juin 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours, en estimant que la demande d'APG du 28 mars 2020 ne pouvait être prise en compte comme demande de RHT.
7. Le 13 juillet 2020, la recourante a répliqué, en relevant qu'elle avait d'abord pris contact avec l'OCE, lequel l'avait renvoyée vers la FER-CIAM, que sur les recommandations de celle-ci, elle avait effectué une demande d'APG, qu'il était difficile de deviner quelle démarche était la bonne, que la FER-CIAM ne l'avait pas informée correctement sur la marche à suivre et ne lui avait répondu que deux mois plus tard, qu'heureusement sa fiduciaire l'avait dirigée vers une demande de RHT le 14 avril 2020.
8. À la demande de la chambre de céans, la recourante a communiqué :
 - un courriel de l'administrateur envoyé le 28 mars 2020 à la FER-CIAM requérant une APG et joignant la formule de demande d'APG en cas de coronavirus ;

- un courriel de réponse de la FER-CIAM du 8 mai 2020 informant l'administrateur qu'après vérification du dossier, la caisse n'était pas compétente et qu'en tant qu'administrateur de l'entreprise, il devait déposer une demande de RHT.

9. Le 14 septembre 2020, la chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

L'administrateur, a déclaré : « Je suis l'administrateur unique de la société A _____ SA. Je suis affilié à la FER CIAM et j'ai reçu un mail d'informations pour les entreprises liées à la situation en relation avec le COVID-19. J'ai alors téléphoné à la FER CIAM au numéro indiqué dans le mail précité. J'ai dit que j'avais besoin d'éclaircissements. J'ai expliqué ma situation en disant que j'étais administrateur unique d'une SA en réponse aux questions posées par l'employé de la FER CIAM. Il m'a ensuite dit que je devais remplir une demande d'APG en me listant les documents que je devais joindre, ce que j'ai fait le 28 mars 2020. J'ai dû fermer mon entreprise le 16 mars, car je suis beaucoup en contact avec les gens dans le cadre de mon travail. Le 14 avril, j'ai eu un entretien téléphonique avec ma fiduciaire, qui m'a orienté vers une RHT, que j'ai faite le jour-même auprès de l'OCE. J'ai repris mon activité le 11 mai et je n'ai plus demandé d'indemnités à partir de la reprise ».

La représentante de l'OCE a déclaré : « Nous ne pouvons pas prendre en compte la date de demande d'APG comme date de demande de RHT. Cela peut être le cas si une personne a déposé sa demande de RHT auprès d'une autre caisse en lieu et place de l'OCE. Il y a eu d'autres cas que celui du recourant, qui ont tous été traités de la même manière. Je précise que les administrateurs de SA ont pu bénéficier de RHT entre mars et mai 2020. Ils ont reçu une indemnité forfaitaire. Il s'agit d'une indemnisation exceptionnelle, dès lors qu'ils n'ont pas droit aux indemnités de chômage. Le service juridique a examiné les cas de demandes déposées auprès d'une autre autorité et a estimé que seules pouvaient être prises en compte celles déposées au titre de RHT ».

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 en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT pour la période du 17 mars au 13 avril 2020.
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, 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). 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). 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 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. 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 ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; 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 (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 335 ; 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 de coronavirus (ci-après : COVID-19) qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes.

a. Ainsi, le 28 février 2020, le gouvernement suisse a adopté, en se fondant sur 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), l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de prévoir des mesures devant permettre de diminuer le risque de transmission du COVID-19 (art. 1).

Le 13 mars 2020, 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 de la loi sur les épidémies précitée, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a abrogé l'ordonnance du 28 février 2020 précitée (art. 11).

Le 17 mars 2020, les manifestations publiques ou privées ont été interdites et les établissements publics, tels que les magasins et les restaurants, fermés (art. 6 al. 1 et 2 ; cf. ch. I de l'ordonnance du 16 mars 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020), mesures initialement prévues jusqu'au 19 avril 2020 et prolongées par la suite.

b. 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 (COVID-19) (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). Le nouvel art. 8b 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) et que le préavis de réduction de l'horaire de travail

peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

Dans sa directive 6 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).

Le 1^{er} juin 2020, les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés. L'ordonnance COVID-19 et toutes ses modifications sont entrées en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2020.

6. Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a également adopté l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19), prévoyant une APG notamment pour les personnes indépendantes subissant une perte de gain en raison d'une mesure prévue par l'ordonnance 2 COVID du 13 mars 2020.
7. Dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), la chambre de céans a jugé que pendant la période du 17 mars au 31 mai 2020, la date de réception du préavis de RHT correspondait au début de la RHT et au début de l'indemnisation et que le droit aux indemnités ne pouvait naître rétroactivement. La suppression, par le biais de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, du délai de préavis n'équivalait pas à la suppression du principe du préavis. S'il avait certes fait rétroagir la suppression de ce délai au 17 mars 2020, le Conseil fédéral n'avait pas prévu que les indemnités en cas de RHT pouvaient désormais être payées rétroactivement, en dérogation à l'art. 36 LACI. Quant à la directive 2020/06 du 9 avril 2020 du SECO - selon laquelle toute demande transmise à l'autorité avant le 31 mars 2020 était considérée comme ayant été déposée le 17 mars 2020 si l'entreprise concernée avait fermé ses portes en raison des mesures de confinement prononcées dès cette date - elle a été considérée comme illégale. 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.
8. En l'occurrence, l'intimé a octroyé une indemnité en cas de RHT à la recourante dès le 14 avril 2020, soit dès la date du dépôt de sa demande. Conformément à la jurisprudence précitée, l'octroi d'une indemnité en cas de RHT seulement dès la date du dépôt de la demande et non pas rétroactive ne peut qu'être confirmé.

Cela dit, la recourante estime qu'il convient de tenir compte de la date du 28 mars 2020 comme date de dépôt de son préavis, laquelle correspond à la date de sa demande formée auprès de la caisse FER-CIAM, dès lors qu'après avoir requis des renseignements auprès de celle-ci, il lui avait été conseillé de former une demande d'APG et non pas de RHT et que ce n'était que le 14 avril 2020, qu'instruite par sa fiduciaire, elle avait entrepris des démarches auprès de l'intimé.

9. a. Selon l'art. 39 al. 2 LPGA, lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompétent, le délai est réputé observé. Cet art. 39 al. 2 rappelle une règle générale en matière de procédure administrative, voulant que le délai soit également considéré comme respecté lorsque l'assuré s'adresse à temps à une autorité incompétente. Il la limite toutefois, dans ce sens que seul le fait de s'adresser à un assureur social incompétent permet de considérer le délai comme respecté, et non pas le fait de s'adresser à n'importe quelle autorité. Il faut cependant interpréter la notion d'« assureur social » dans un sens large et entendre par ces termes toutes les entités organisationnelles qui participent à l'administration d'une ou de plusieurs branches d'assurance sociale. Il peut ainsi s'agir, par exemple, d'une caisse de compensation, d'un office AI, d'une caisse de chômage ou d'un assureur-maladie (DUPONT, MOSER-SZELESS, Commentaire romand de la Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, p. 511, n° 12).

En l'occurrence, la recourante ayant déposé une demande d'indemnités auprès de la caisse FER-CIAM, il s'agit bien d'un autre assureur au sens de l'art. 39 al. 2 LPGA.

- b. L'intimé se prévaut du fait que la recourante n'a pas déposé une demande d'indemnités en cas de RHT, mais une demande d'APG auprès de la caisse FER-CIAM, soit l'autorité compétente en cette matière.

Certes, du point de vue formel, la demande déposée auprès de la FER-CIAM est intitulée demande d'APG coronavirus et non pas demande d'indemnités en cas de RHT. Cependant, vu la situation peu claire des administrateurs de sociétés, s'agissant de leur droit à une indemnisation selon les ordonnances COVID précitées, comme c'est le cas de l'administrateur de la recourante, il convient en l'occurrence d'admettre que la demande d'indemnité APG doit être assimilée à une demande d'indemnité RHT.

En effet, ce n'est que le 20 mars 2020 que l'indemnité RHT a été étendue aux personnes fixant les décisions prises par l'employeur, alors que tel n'était pas le cas auparavant, en particulier entre le 17 et le 20 mars 2020, les administrateurs de société n'ayant en principe pas droit à de telles prestations. En demandant courant mars à la FER-CIAM des éclaircissements quant à une indemnisation possible, la recourante s'est enquis des droits qui lui étaient conférés par les ordonnances COVID. Elle a alors libellé la demande d'APG sur conseil de la FER-CIAM, puis, seulement sur avis de sa fiduciaire, une demande d'indemnités en cas de RHT le 14 avril 2020. Ce n'est d'ailleurs que le 8 mai 2020 que la FER-CIAM l'a informée qu'elle devrait finalement déposer une « demande RHT ». En déposant sa demande auprès de la caisse FER-CIAM, la recourante entendait en réalité obtenir toute indemnité prévue selon les ordonnances COVID, pour un administrateur de société, que ce soit une indemnité APG ou une indemnité en cas de RHT.

Au demeurant, il convient d'assimiler la demande d'APG du 28 mars 2020 à une demande d'indemnités en cas de RHT formée auprès d'un autre assureur.

Au surplus, la question de savoir si la recourante peut se prévaloir du principe de protection de la bonne foi (art. 9 Cst. et art. 27 LPGA), en invoquant les informations erronées reçues de la part d'un employé de la FER-CIAM - fait non contesté par l'intimé - peut rester ouverte.

Enfin, la recourante n'a pas contesté qu'elle n'était pas une entreprise ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités, de sorte que la question de savoir si elle pourrait se prévaloir, en application du principe d'égalité de traitement, de la directive 2020/06 du 9 avril 2020 du SECO, bien que déclarée illégale (ATAS/210/2020), afin d'obtenir le versement rétroactif de l'indemnité en cas de RHT dès le 17 mars 2020, ne se pose pas.

10. Au vu de ce qui précède, la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 28 mars 2020.
11. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et il sera dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 28 mars 2020.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 18 mai 2020.
4. Dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 28 mars 2020.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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