

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1765/2020

ATAS/1216/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 décembre 2020

9^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SÀRL, sise _____, GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société A_____ SÀRL (ci-après : la société), soit pour elle son associé gérant Monsieur B_____, a transmis par courriel du 29 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 28 avril 2020, annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise, soit un associé gérant et un employé, du 19 mars 2020 à une date indéterminée.

À teneur du registre du commerce, la société est active dans l'exploitation d'une entreprise de placement privé et de location de services pour toutes professions.

2. Par décision du 5 mai 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de RHT à la société pour la période du 29 avril 2020 au 28 octobre 2020.
3. Le 13 mai 2020, la société a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir que ses bureaux avaient dû fermer le 19 mars 2020, de sorte que l'indemnité était requise dès cette date. Il a indiqué avoir formé une demande d'allocations pour perte de gain (ci-après : APG) le 23 mars 2020 auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse), « service pour le coronavirus », « suite à la fermeture du bureau sur demande du Conseil d'état ». Ce n'était que le 27 avril 2020 que la caisse l'avait informé qu'il fallait demander une indemnité en cas de RHT.

Sa demande d'APG du 23 mars 2020 ainsi que la réponse de la caisse du 27 avril 2020 étaient jointes à son opposition.

4. Par décision sur opposition du 26 mai 2020, l'OCE a rejeté l'opposition. 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. Or, en l'occurrence, la société n'avait pas été contrainte de fermer ses locaux et sa demande avait été déposée seulement le 29 avril 2020.
5. Le 19 juin 2020, la société a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) d'un recours à l'encontre de la décision précitée, en faisant valoir qu'elle avait été contrainte de fermer ses locaux le 19 mars 2020, en raison de la fermeture des chantiers dès le 19 mars 2020, précisant que ses bureaux étaient publics (arcade). Elle a ajouté que son associé gérant était déjà confiné à cette date, en raison d'une opération du cœur ayant entraîné une incapacité de travail totale du 1^{er} mars 2020 au 30 juin 2020. Par courriel du 23 mars 2020, la société s'était renseignée auprès de la caisse au sujet du formulaire de demande d'allocations pour perte de gain. Par courrier du même jour, elle avait adressé sa demande d'allocations à la caisse. Or la réponse de la caisse ne lui était parvenue que le 27 avril 2020.

Étaient joints à son recours, les certificats médicaux de la doctoresse C_____ des 11 mars 2020, 21 avril 2020 et 27 mai 2020, ainsi que l'échange de courriels du 23 mars 2020 entre la société et la caisse.

6. Le 7 juillet 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.
7. La société n'a pas formé d'observations dans le délai imparti à cet effet.

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 19 mars au 28 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.

5. a. 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 cent personnes (art. 6 al. 1) et qui limitait l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à cinquante 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).

b. 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 12h00 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 14h00 (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).

c. 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).

d. 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 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 de préavis de RHT correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

6. En l'occurrence, l'intimé a octroyé une indemnité en cas de RHT à la recourante dès le 29 avril 2020, soit dès la date de l'envoi de sa demande. En cela, la décision est conforme à la jurisprudence précitée selon laquelle l'indemnité en cas de RHT est octroyée seulement dès la date du dépôt de la demande et non pas de manière rétroactive.

Il convient toutefois de relever que la recourante a formé une demande d'APG auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation le 23 mars 2020. Or, selon l'art. 39 al. 2 LPGA, lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompetent, le délai est réputé observé. Cette disposition 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 incompetent 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 d'assurance-invalidité, 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).

Dans le cas présent, la recourante a déposé une demande d'indemnités auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation, de sorte qu'il s'agit bien d'un autre assureur au sens de l'art. 39 al. 2 LPGA. On peut certes reprocher à la recourante d'avoir déposé une demande d'APG en lieu et place d'une 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'associé gérant de la recourante, il convient d'admettre que la demande d'indemnité APG doit être assimilée à une demande d'indemnités RHT (ATAS/1050/2020 du 29 octobre 2020, consid. 9). 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 déposant sa demande auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation, « service pour le coronavirus », il convient d'admettre que la recourante entendait en réalité obtenir toute indemnité prévue selon les ordonnances COVID, pour un associé gérant de société et son employé, que ce soit une indemnité APG ou une indemnité en cas de RHT.

Aussi convient-il d'assimiler la demande d'APG du 23 mars 2020 à une demande d'indemnités en cas de RHT formée auprès d'un autre assureur.

7. Reste à déterminer si, comme le soutient la recourante, celle-ci a dû fermer en raison de mesures prises par les autorités. En pareille situation, la question se poserait en effet 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 (ATAS510/2020 du 25 juin 2020), afin d'obtenir le versement rétroactif de l'indemnité en cas de RHT dès le 17 mars 2020.

- a. 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.

b. En l'occurrence, la recourante est une société active dans le placement de personnel et dispose, selon les dires de son associé gérant, d'une arcade commerciale. Or, pareille entreprise ne figure pas parmi les établissements publics contraints à la fermeture, énumérés à l'art. 6 al. 2 let. a Ordonnance 2 COVID-19. Devant la chambre de céans, la recourante fait valoir que les bureaux ont été obligés de fermer en raison de la mise à l'arrêt des chantiers ordonnée par arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020. Or, même à considérer que l'arrêté s'applique à sa situation, ce qui apparaît d'emblée douteux, le SECO n'a, en pratique, pas accordé rétroactivement d'indemnités en cas de RHT à des employeurs ayant dû fermer en application de l'arrêté concernant les chantiers (cf. ATAS/1174/2020 du 2 décembre 2020 consid. 11b). Ainsi, faute de pratique établie s'écartant de la loi, les conditions posées par la jurisprudence pour qu'un administré puisse se prévaloir de l'égalité dans l'illégalité ne sont pas réunies.

Au vu de ce qui précède, la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 23 mars 2020.

8. 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 23 mars 2020.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

* * * * *

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 26 mai 2020.
4. Dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 23 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

Marie NIERMARÉCHAL

Eleanor McGREGOR

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