RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1768/2020 **ATAS/393/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 avril 2021

En la cause

Madame A_____, B_____, à GENÈVE, représentée par Madame E_____	recourante

contre

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

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente, Blaise PAGAN, Mario-Dominique TORELLO, Catherine TAPPONNIER, Eleanor McGREGOR, Juges, Dana DORDEA, Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseures

EN FAIT

1. Madame A_____ (la titulaire, l'employeuse ou la recourante) est titulaire, avec signature individuelle, de l'entreprise individuelle B_____ (ci-après : l'entreprise), inscrite au registre du commerce de Genève depuis 2008, ayant pour but, selon ledit registre, l'exploitation d'un café bar-sandwicherie ainsi que les « activités événementielles liées ».

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 titulaire a, par courrier posté le 5 mai 2020 à l'intention de la Caisse cantonale genevoise de chômage, puis reçu le 7 mai suivant par l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE, l'office ou l'intimé), adressé un « préavis de réduction de l'horaire de travail » signé le 5 mai 2020, pour toute l'entreprise, à savoir un ou une membre du personnel, pour une durée probable du 17 mars au 31 mai 2020, en raison d'une perte de travail totale.

3. Par décision du 11 mai 2020, 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 6 au 31 mai 2020.

4. Par courriel du 13 mai 2020 de Monsieur C_____ de D_____SA, l'employeuse a fait état de deux erreurs contenues dans cette décision. En effet, la « date de début » était le 16 mars 2020 et le secteur d'activité était la restauration.

5. Par décision sur opposition rendue le 4 juin 2020, l'OCE a partiellement admis cette opposition et annulé la décision du 11 mai 2020 précitée, en ce sens que les indemnités en cas de RHT étaient accordées du 5 mai, date de l'expédition de la demande sous pli simple, au 31 mai 2020.

6. Par acte signé de Madame E_____, titulaire de l'entreprise individuelle F_____ – impôts, comptabilité (ci-après : la mandataire), daté du 20 juin 2020 et posté le lendemain, l'employeuse a recouru contre cette décision sur opposition et 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 prendre en considération sa première demande et lui accorder les indemnités en cas de RHT dès le 17 mars 2020.

   Selon ses allégations, ladite première demande avait été formulée en mars 2020 et avait été suivie d'un courriel de l'office du 2 avril 2020 indiquant à l'employeuse qu'il apparaissait qu'elle ne sollicitait pas d'indemnités en cas de RHT pour elle-même et n'était pas non plus salariée de sa propre entreprise et qu'en tant que personne de condition indépendante, il lui appartenait de déposer une demande d'indemnité pour perte de gain (ci-après : APG) auprès de sa caisse AVS.

7. Dans sa réponse du 13 juillet 2020, l'intimé a relevé que sa décision initiale et sa décision sur opposition querellée étaient manifestement erronées dès lors que la demande d'indemnités en cas de RHT avait été déposée en faveur de la gérante, à savoir la recourante, et s'en est donc rapporté à justice, mais par écriture du

30 juillet 2020, il est spontanément revenu sur cette constatation, les indemnités en cas de RHT ayant en réalité été sollicitées pour l'unique employée, Madame G_____, et a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 4 juin 2020.

8. D'une instruction menée ensuite par la chambre des assurances sociales, il est ressorti, d'une part, que la titulaire avait adressé à la Caisse cantonale genevoise de compensation une demande d'APG que cette dernière avait reçue le 27 mars 2020, d'autre part, que l'employeuse avait transmis à l'OCE une demande d'indemnités en cas de RHT pour l'unique employée le 23 mars 2020, objet du courriel de l'office du 2 avril 2020 précité.

9. Par courrier du 9 décembre 2020, la chambre des assurances sociales a transmis, pour information, à l'office une écriture du 5 décembre 2020 de la titulaire, précisant en outre que le délai au 18 décembre 2020 qui avait été imparti par pli du 3 décembre précédent aux deux parties, pour formuler leurs remarques et joindre toutes pièces utiles, restait d'actualité.

10. Par décision sur opposition du 14 décembre 2020, transmise en copie le lendemain à la chambre de céans, l'intimé a « partiellement [admis] » l'opposition du 13 mai 2020 et a annulé sa décision initiale du 11 mai 2020 et sa décision sur opposition du 4 juin 2020 (qu'elle remplaçait), en ce sens que les indemnités en cas de RHT étaient accordées du 17 mars au 31 août 2020.

    En effet, au regard des pièces produites dans le cadre de l'instruction du recours, il était vraisemblable que l'employeuse avait bien déposé un « préavis de RHT » avant le 31 mars 2020, pour la période du 16 mars au 19 avril 2020. Elle avait en outre été contrainte de fermer ses locaux le 16 mars 2020 en application de l'art. 6 de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19). Or, selon la directive du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) 2020/06 du 9 avril 2020 (ci-après : la directive 2020/06), 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).

11. Par pli du 23 décembre 2020, la chambre des assurances sociales a octroyé aux parties un délai pour formuler d'éventuelles observations, en se déterminant en particulier sur le fait que la « décision sur opposition » rendue le 14 décembre précédent ne pouvait prima facie pas être considérée comme une vraie décision mais comme une proposition faite à la chambre de céans, ainsi que sur la question de savoir si la directive 2020/06, qui avait été déclarée illégale par celle-ci, pourrait être appliquée en faveur de la recourante en application du principe de l'égalité de traitement dans l'illégalité.

12. Par écriture du 29 décembre 2020, la titulaire a indiqué qu'elle n'aurait plus de motif de former recours si la chambre de céans validait la décision sur opposition du 14 décembre 2020.

13. Par écrit du 7 janvier 2021, l'office s'en est rapporté à justice.

14. Par pli du 14 janvier 2021, 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.

    Il était précisé que sans nouvelles des parties d'ici au 3 février 2021, la cause serait gardée à juger.

15. En l'absence de telles nouvelles dans ledit délai, 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. La question se pose tout d'abord de savoir quelle est, pour la chambre de céans, la nature de la décision sur opposition rendue le 14 décembre 2020, qui annule et remplace celle du 4 juin 2020, plus précisément si ladite chambre doit se contenter d'en prendre acte ou si elle doit en vérifier la conformité au droit.

3. a. Le recours au tribunal cantonal des assurances selon les art. 56 ss LPGA est un moyen de droit ordinaire ; il a un effet dévolutif. Dès le dépôt du recours, l'administration perd ainsi la maîtrise sur l'objet du litige, qui passe au tribunal (ATF 136 V 2 consid. 2.5 ; ATF 130 V 138 consid. 4.2), ce dont il découle notamment en principe qu'elle n'a plus, dès ce moment, la faculté de procéder à des mesures d'instruction nouvelles ou complémentaires (ATF 127 V 228 consid. 2b/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2018 du 6 mai 2019 consid. 3.2), sauf néanmoins des mesures d'instructions simples et ponctuelles (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_403/2010 du 31 décembre 2010 consid. 3.2 ; Margit MOSER-SZELESS, in Commentaire romand, LPGA, 2018, n. 103 ad art. 53 LPGA ; Jean MÉTRAL, in Commentaire romand, LPGA, 2018, n. 56 ad art. 56 LPGA). Si le tribunal entre en matière et statue sur le fond, son jugement remplace la décision administrative et, en cas de recours, constitue l'objet

de la contestation devant le Tribunal fédéral (ATF 111 V 58 consid. 1 ; Jean MÉTRAL, op. cit., n. 53 ad art. 56 LPGA).

La portée de l'effet dévolutif est atténuée par l'art. 53 al. 3 LPGA – en vertu duquel, jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé – (ATF 136 V 2 consid. 2.5), possibilité dont l'idée à l'origine est la simplification de la procédure (économie de procédure) et qui déroge aux conditions strictes d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 103 et 104 ad art. 53 LPGA).

b. L'art. 53 al. 3 LPGA reprend le contenu de l'art. 58 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021), à teneur duquel l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée. Doivent en outre être pris en compte, par renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA, les al. 2 et 3 dudit art. 58 PA (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1036/2012 du 21 mai 2013 consid. 3.3 ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 2020, n. 93 ad art. 53 LPGA ; August MÄCHLER, in Christoph AUER/Markus MÜLLER/Benjamin SCHINDLER [éd.], VwVG Kommentar, 2019, n. 2 et 27 ad art. 58 PA). Aux termes de l'al. 2 de l'art. 58 PA, l'autorité inférieure notifie sans délai une nouvelle décision aux parties et en donne connaissance à l'autorité de recours. Selon l'al. 3, l'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet ; l'art. 57 PA est applicable lorsque la nouvelle décision repose sur un état de fait notablement modifié ou crée une situation juridique sensiblement différente.

L'art. 67 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), qui serait applicable par renvoi de l'art. 89A LPA et qui traite de la même problématique (cf. notamment ATAS/173/2021 du 1er mars 2021 consid. 7b), ne saurait quant à lui être appliqué de manière contraire à l'art. 53 al. 3 LPGA (dans ce sens, ATF 132 V 361 consid. 3.2 ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Commentaire annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 1072, ad art. 89A LPA).

c. Dans le cadre de l'art. 53 al. 3 LPGA, l'autorité peut revoir librement sa décision, en faveur du recourant, sans être liée par les conditions restrictives de la reconsidération d'une décision entrée en force (cf. art. 53 al. 2 LPGA). Si la nouvelle décision rendue pendente lite fait entièrement droit aux conclusions du recourant, en d'autres termes donne entière satisfaction à celui-ci, le recours devient sans objet et la cause doit être radiée du rôle, la décision y afférente de l'autorité de recours devant au surplus statuer sur les frais et dépens en tenant compte de l'intervention des deux parties. Dans le cas contraire, la procédure se poursuit à propos de ce qui reste litigieux, sans qu'il soit nécessaire de recourir contre la nouvelle décision (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ;

ATF 113 V 237 ; ATF 107 V 250 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_22/2019 du 7 mai 2019 consid. 3.1, 8C_1036/2012 précité consid. 3.3, 8C_18/2009 du 31 juillet 2009 consid. 3 et I 278/02 du 24 juin 2002 consid. 2 ; ATAS/173/2021 précité consid. 7b ; Thomas FLÜCKIGER, in Basler Kommentar, 2020, n. 102 ad art. 53 LPGA ; Jean MÉTRAL, op. cit., n. 54 ad art. 56 LPGA ; Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 106 ad art. 53 LPGA ; en cas de reformatio in peius [art. 61 let. d LPGA], cf. Thomas FLÜCKIGER, op. cit., n. 104 ad art. 53 LPGA ; Ueli KIESER, op. cit., n. 90 ad art. 53 LPGA ; Jean MÉTRAL, op. cit., n. 55 ad art. 56 LPGA).

d. Selon le Tribunal fédéral, a contrario du contenu de l'art. 53 al. 3 LPGA, l'assureur social ne peut plus reconsidérer une décision ou une décision sur opposition s'il a déjà envoyé sa réponse à l'autorité de recours. Une décision pendente lite rendue postérieurement à l'échéance du délai de réponse – ou de préavis – est donc nulle et n'a pour valeur que celle d'une simple proposition faite au juge (ATF 130 V 138 consid. 4.2 ; ATF 109 V 234 consid. 2 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_1/2011 du 5 septembre 2011 consid. 1 et P 72/02 du 12 mars 2004 consid. 3.2 ; Ueli KIESER, op. cit., n. 92 ad art. 53 LPGA ; Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 108 ad art. 53 LPGA).

De l'avis du Tribunal administratif fédéral et de la majorité de la doctrine, par préavis ou réponse au sens des art. 53 al. 3 LPGA et 58 al. 1 PA, il faut entendre la ou les déterminations que l'assureur social est invité à présenter dans le cadre de l'échange d'écritures ordonné par l'autorité de recours. La possibilité de reconsidérer s'étend jusqu'à l'échéance du délai dans lequel l'assureur social a été appelé à se déterminer pour la dernière fois, respectivement, en l'absence de délai déterminé, jusqu'à la fin de l'échange d'écritures (arrêts du Tribunal administratif fédéral B-7022/2015 du 23 janvier 2017 et B-5845/2010 du 14 octobre 2011 consid. 5.1 ; Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 101 ad art. 53 LPGA ; aussi arrêt de la cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois PC 12/20 du 17 décembre 2020). En d'autres termes, l'autorité intimée peut revenir sur sa décision attaquée après le dépôt de sa – première – réponse et même si elle a conclu initialement au rejet du recours, ce jusqu'à l'échéance du délai dans lequel le droit de procédure ou le juge l'ont autorisée à s'exprimer, pour la dernière fois (dernière prise de position ; Thomas FLÜCKIGER, op. cit., n. 102 et 104 ad art. 53 LPGA; August MÄCHLER, op. cit., n. 16 ad art. 58 PA ; Andrea PFEIDERER, in Bernhard WALDMANN/Philippe WEISSENBERGER [éd.], VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2016, n. 36 ad art. 58 PA ; contra, apparemment : Ueli KIESER, op. cit., 92 art. 53 LPGA).

Cette application large dans le temps de l'art. 53 al. 3 LPGA et de l'art. 58 al. 1 PA apparaît conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Lesdites normes servent en effet l'économie de procédure en permettant à l'autorité inférieure de corriger sa décision qui lui paraît erronée à la lumière du recours (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_653/2012 du 28 août 2012

consid. 4.2.3 et I 115/06 du 15 juin 2007 consid. 2.1). D'après la Haute Cour, l'autorité inférieure peut, selon l'art. 58 PA, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée, jusqu'à l'envoi de sa réponse, voire jusqu'à la fin des échanges d'écritures (ATF 130 V 138 consid. 4.2 a contrario ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2018 précité consid. 3.2), soit, avec référence l'art. 53 al. 3 LPGA, aussi longtemps qu'elle prend position par rapport à l'autorité de recours (ATF 136 V 2 consid. 2.5 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_22/2019 précité consid. 3.1, 8C_1036/2012 précité consid. 3.3 et I 115/06 précité consid. 2.1).

e. Il est rappelé que passé le moment jusqu'auquel l'assureur social a été autorisé par le droit de procédure ou appelé par le tribunal à se déterminer pour la dernière fois, la décision de reconsidération a – comme exposé plus haut – valeur de proposition au juge (Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 101 ad art. 53 LPGA), à défaut de quoi il existerait le risque que ladite décision et l'arrêt du tribunal soient prononcés simultanément (August MÄCHLER, op. cit., n. 16 ad art. 58 PA ; Andrea PFEIDERER, op. cit., n. 36 ad art. 58 PA).

Une telle proposition, même si elle correspond aux conclusions du recours, ne lie pas le juge et ne peut pas avoir l'effet d'un acquiescement – lequel est en principe inopérant en droit des assurances sociales – ; elle ne rend pas le recours sans objet : l'autorité judiciaire doit statuer sur les conclusions dont elle est saisie (ATF 111 V 58 consid. 1, par analogie ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_18/2009 précité consid. 3 ; Margit MOSER-SZELESS, op. cit., n. 108 et note 168 ad art. 53 LPGA).

f. Vu ce qui précède, compte tenu en particulier de l'interprétation large de la notion de préavis ou réponse au sens des art. 53 al. 3 LPGA et 58 al. 1 PA qui prévaut au niveau fédéral, il convient de modifier la pratique de la chambre de céans qui s'appliquait jusqu'à présent et selon laquelle une nouvelle décision de l'autorité intimée rendue après sa première réponse – ou premier préavis – était dans tous les cas traitée comme une proposition, soumise à un contrôle juridictionnel, jamais comme une décision.

Dorénavant, une nouvelle décision de l'autorité intimée rendue après sa première réponse – ou premier préavis –, mais dans le cadre d'un échange d'écritures prévu par le droit de procédure ou ordonné par la chambre des assurances sociales (comme exposé plus haut), sera considérée comme une décision dont ladite chambre n'aura pas à contrôler la conformité au droit si elle donne entière satisfaction à la partie recourante.

4. En l'espèce, l'intimé a rendu sa nouvelle décision le 14 décembre 2020 et l'a remise le lendemain à la chambre de céans, soit dans le délai au 18 décembre 2020 que cette dernière lui avait imparti pour lui faire part de remarques ou joindre des pièces.

   Elle a ainsi reconsidéré sa décision sur opposition litigieuse dans le cadre d'un échange d'écritures ordonné par la chambre de céans, donc jusqu'à l'envoi de son

préavis – ou réponse – au sens des art. 53 al. 3 LPGA et 58 al. 1 PA, tels qu'interprétés par la jurisprudence et la doctrine citées plus haut.

Par cette nouvelle décision du 14 décembre 2020, il est donné entière satisfaction à ce que demande la recourante.

La chambre de céans ne peut, en conséquence, que prendre acte de cette nouvelle décision, le recours devenant sans objet et la cause devant être radiée du rôle.

5. La recourante obtenant gain de cause grâce au dépôt de son recours et étant assistée d'une mandataire qualifiée – à savoir la titulaire de l'entreprise individuelle susceptible de s'occuper de sa comptabilité et de ses impôts, pour une cause afférente à des RHT pour une employée de l'employeuse en matière d'assurance-chômage –, une indemnité de CHF 1'000.- lui sera accordée, à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]), quand bien même elle ne l'a pas expressément sollicitée (ATF 118 V 139 ; Ueli KIESER, op. cit., n. 227 ad art. 61 LPGA ; Jean MÉTRAL, op. cit., n. 105 ad art. 61 LPGA).

6. La procédure est gratuite (art. 61 let. a aLPGA, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, vu l'art. 83 LPGA).

******

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Conformément à l'art. 133 al. 2 de la LOJ

1. Prend acte de la décision rendue le 14 décembre 2020 par l'intimé et accordant à la recourante l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 17 mars au 31 août 2020.
2. Constate que le recours est devenu sans objet.
3. Raye la cause du rôle.
4. Condamne l'intimé à verser à la recourante la somme de CHF 1'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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
Sylvie CARDINAUX	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