RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1777/2020 **ATAS/536/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 3 juin 2021

5ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise _____, à GENÈVE	recourante

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. En date du 8 avril 2020, la société A_____ SA (ci-après : la société ou la recourante), a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) en raison de la pandémie Covid-19 et des restrictions de fonctionnement que la société subissait ; sous la rubrique observation, destinée à décrire le lien entre la pandémie et les restrictions de fonctionnement, la société indiquait : « en observation des instructions du Conseil fédéral en raison de la pandémie ». La société employait 5 personnes, dont 3 étaient concernées par la RHT, pour une durée prévisible du 23 mars au 15 mai 2020 ; le pourcentage prévisible de perte de travail par mois était évalué à 80%. Un organigramme indiquant les fonctions des cinq collaborateurs de la société était joint à la demande ; le but social inscrit au registre du commerce, était le conseil et l'investissement pour son propre compte et pour le compte de tiers, dans les domaines du financement des entreprises et des particuliers, la constitution, la structuration et le conseil en *Private Equity*, l'intermédiation et le conseil d'opération de négoce de toute matière première.

2. Par décision du 8 avril 2020, l'OCE, faisant « partiellement opposition » audit préavis, a accepté le paiement des indemnités en cas de RHT, mais uniquement pour la période allant du 8 avril au 15 mai 2020.

3. Par courrier du 22 mai 2020, la société a fait opposition à la décision du 8 avril 2020, indiquant que le bureau avait cessé de fonctionner, non pas depuis le 23 mars 2020, comme mentionné dans la demande de préavis, mais déjà depuis le 17 mars 2020. De surcroît, la société s'étonnait du fait que les indemnités en cas de RHT ne lui soient accordées qu'à partir du 8 avril 2020 et considérait cette décision comme « contradictoire et antagoniste à celle du gouvernement suisse ».

4. Par décision sur opposition rendue en date du 20 mai 2020, l'OCE a confirmé la décision du 8 avril 2020, considérant qu'en l'occurrence, la société n'exploitait pas un établissement public et n'avait donc pas été contrainte de fermer ses locaux ; l'octroi des indemnités RHT commençait ainsi à la date du dépôt de la demande et non pas à partir du 17 mars 2020.

5. Par acte daté du 22 juin 2020 et posté le même jour, la société a recouru contre la décision du 20 mai 2020, concluant à son annulation. La recourante exposait, en substance, que le critère de l'établissement public était indifférent dès lors que la société subissait des pertes en raison de la pandémie et qu'elle ne pouvait pas « deviner » qu'elle devait soumettre sa demande le jour même. La décision était, selon elle, contraire à l'ordonnance fédérale du 8 avril 2020 qui entrait en vigueur avec effet rétroactif au 1er mars 2020.

6. Dans sa réponse du 10 juillet 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision querellée, considérant que la recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans son recours.

7. La recourante a répliqué par courrier du 28 août 2020, maintenant les termes de son recours et critiquant le fait que la décision querellée paraissait « pré-rédigée et indifférenciée pour toutes les oppositions analogues reçues par l'OCE ».

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. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 89B al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]), le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé a refusé, pour la période allant du 17 mars au 7 avril 2020 inclus, le versement des indemnités RHT sollicitées par la recourante.

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, n. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31 ss LACI). 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 ; cf. consid. 4b infra). 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 OACI prévoit des délais de préavis plus courts dans des circonstances particulières.

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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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, en 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 fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et sur l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19), dont l'art. 6 prévoit que les établissements publics sont fermés, notamment les magasins et les marchés (let. a), les restaurants (let. b), les bars, les discothèques, les boîtes de nuit et les salons érotiques (let. c), les établissements de divertissement et de loisirs, notamment les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, les casinos, les centres sportifs et de fitness, les piscines, les centres de bien-être et les domaines skiables, les jardins botaniques et zoologiques et les parcs zoologiques (let. d), les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (let. e ; version au 28 mars 2020).

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, se fondant sur 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 (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). À teneur du nouvel art. 8b, en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité RHT en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de RHT peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement, par écrit, la communication téléphonique (al. 2).

Dans la directive 2020/6, 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 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, faisant foi).

Le 1er juin 2020, les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés.

6. Dans un arrêt de principe (ATAS/510/2020) du 25 juin 2020, répondant à la question de savoir si l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a suspendu, tant que dure la pandémie, le principe de la non-rétroactivité des indemnités RHT tel que prévu par l'art. 36 LACI, la chambre des assurances sociales de la cour de justice (ci-après : CJCAS) a interprété ledit art. 8b conformément aux diverses méthodes d'interprétation applicables en la matière. Selon elle, force est de constater, en premier lieu, que l'al. 1 de cette disposition prévoit que l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis. Ceci signifie qu'un préavis est toujours requis, ce qui est au demeurant confirmé par l'al. 2 qui porte sur la possibilité de communiquer son préavis par téléphone, de sorte que seul le délai - au sens de l'art. 36 al. 1 en lien avec l'art. 58 al. 1 à 4 OACI - a été supprimé, entre le 17 mars et le 31 mai 2020 et non l'exigence d'un préavis (consid. 5 et 6 a et b). Dans le cadre de l'examen de la question de savoir si, compte tenu de la référence à l'art. 58 al. 4 OACI et vu la suppression du délai, le préavis doit en réalité être considéré comme un avis, la CJCAS a conclu qu'une RHT, pour laquelle une indemnisation est demandée, doit toujours être annoncée à l'avance,

même en application de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (consid. 6c à e). En définitive, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de dix jours a été supprimé (cf. art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Ainsi, pendant cette période, un employeur pouvait appliquer une RHT dès réception, par l'intimé, du préavis, et être indemnisé dès cette date, mais non avant (consid. 8).

Dans ce même arrêt (ATAS/510/2020 précité), la CJCAS a rappelé que, destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux ; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent, tout au plus, à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité ; elles ne peuvent, en revanche, sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références ; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1 ; consid. 9a). Selon la CJCAS, en admettant dans la directive 2020/06 – à teneur de laquelle, 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 rétroactivité des demandes déposées avant le 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 RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. « Cela étant, pour pouvoir invoquer une inégalité de traitement dans l'illégalité, il faut encore que la recourante rende vraisemblable le fait que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi et que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables. Or, la pratique contestée par la recourante ne concerne que les demandes déposées entre le 17 et le 31 mars 2020, pour lesquelles l'intimé s'est selon toute vraisemblance déjà prononcé par décision. Il paraît ainsi peu probable qu'il soit amené, à l'avenir, à se prononcer sur une demande déposée en mars. Par conséquent, on ne peut pas prévoir que l'intimé persévérera dans l'inobservation de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. De plus, la situation de la recourante n'est pas comparable à celles visées par la pratique en vigueur. Certes, comme d'autres, la recourante a été contrainte, le 17 mars 2020, de fermer la boutique qu'elle exploitait. Cependant, contrairement aux situations prévues par la pratique du SECO, elle a attendu le 14 avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO. On ne se retrouve dès lors pas dans le cas de deux employeurs ayant déposé leurs demandes respectives avant le 31 mars 2020, dont l'un aurait bénéficié de la pratique illégale du SECO alors que l'autre non » (consid. 9c).

En conclusion de l'arrêt ATAS/510/2020, le refus de l'OCE d'indemniser la recourante pour la période antérieure à la réception du préavis par l'intimé est bien fondé (consid. 10).

7. En l'espèce et conformément aux considérants de l'arrêt de principe ATAS/510/2020 précité, l'OCE a octroyé à la société des indemnités RHT dès la réception du préavis de celle-ci, soit le 8 avril 2020.

   La recourante ne conteste pas la motivation de l'intimé, selon laquelle elle n'est pas une entreprise ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités. Au surplus, il ressort de l'inscription au registre du commerce que la société est active dans le domaine financier et n'a donc pas le statut d'un établissement public ayant fermé en application de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19.

   Partant, la question de savoir si elle pourrait se prévaloir, en application du principe d'égalité de traitement, de la directive 2020/06, bien que déclarée illégale (ATAS/510/2020 précité), afin d'obtenir le versement rétroactif de l'indemnité en cas de RHT dès le 17 mars 2020, ne se pose pas (dans ce sens ATAS/1050/2020 du 29 octobre 2020 consid. 9b), ce d'autant moins que le préavis a été déposé postérieurement au 31 mars 2020.

8. Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimé a refusé d'indemniser la recourante pour la période antérieure à la réception du préavis.

   Dès lors, le recours ne peut être que rejeté et la décision sur opposition confirmée.

9. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. 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	Le président
Nathalie LOCHER	Philippe KNUPFER

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