RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1784/2020 **ATAS/157/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 mars 2021

15ème Chambre

En la cause

A_____, titulaire de l'entreprise individuelle B_____, c/o A_____, _____, à GENEVE, représentée par ORION, Assurance de protection juridique SA	recourante

contre

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

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Anny FAVRE et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____ est titulaire de l'entreprise individuelle B_____ (ci-après : l'employeur, la société ou le recourant) exploite un café internet, soit un établissement public.

2. À la suite des mesures officielles prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus, l'employeur a été contraint de fermer ses locaux au public dès le 17 mars 2020.

3. L'employeur a adressé un courriel à sa caisse de compensation AVS (Indemcovidindependant@ciam-avs.ch) le 26 mars 2020, en exposant qu'il avait dû fermer son café internet, que ses quatre employés et lui-même étaient dans l'impossibilité de travailler. Il avait préparé le formulaire 318.758 pour chacun de ses employés et lui-même et demandait si cela était correct.

4. Pour réponse, l'employeur a reçu un courriel le 31 mars 2020 à midi lui indiquant que les indemnités pour réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) de ses employés devaient être sollicitées auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) a contrario de sa demande d'allocation pour perte de gain en tant qu'employeur.

5. Le 7 avril 2020, l'employeur a transmis à l'OCE un préavis de RHT, pour quatre personnes, dès le 17 mars 2020 au 30 septembre 2020, en raison d'une perte de travail de 100 %. Ce document était daté du 7 avril 2020.

6. Par décision du 5 mai 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 7 avril au 6 octobre 2020.

7. L'employeur a fait opposition et a requis un droit rétroactif au 17 mars 2020.

8. Le 22 mai 2020, l'OCE a confirmé, sur opposition, la décision précitée. La directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) du 9 avril 2020 prévoyait que, pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 était considéré comme 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). Dès lors que la société avait communiqué le préavis après le 31 mars 2020, c'était à juste titre que les indemnités lui avaient été octroyées à compter du 7 avril 2020 uniquement.

9. Par écriture du 24 juin 2020, l'employeur a recouru contre la décision sur opposition précitée en saisissant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans ou CJCAS). Aucune information officielle n'avait été facilement accessible sur internet. Les directives du SECO ayant précédé celle du 9 avril 2020, le 3 avril 2020 et le 12 mars 2020, étaient très difficiles à trouver ou simplement pas publiées sur internet, de sorte que les entreprises n'avaient aucun moyen de savoir que le dépôt de la demande présentait une certaine urgence et qu'elles devaient respecter un certain délai. Les renseignements demandés à la caisse AVS n'étaient pas plus clairs et les liens internet ne visaient pas le site du SECO. Le 26 mars 2020, le recourant s'était d'ailleurs adressé à sa

caisse AVS en lui indiquant avoir rempli le formulaire et n'avait reçu pour réponse qu'un renvoi au site de la Fédération genevoise des entrepreneurs le 31 mars 2020. Il a invoqué l'égalité de traitement avec les indépendants qui, selon lui, ont eu droit à une indemnité pour perte de gain avec effet au 17 mars 2020 et avec les cas dans lesquels, « en raison d'erreurs ou d'indications mal comprises de par les organes d'exécution, la date de réception ou la date du timbre postal ne peut plus être déterminée, la période d'indemnisation prévue commence à courir comme annoncé par l'employeur, au plus tôt le 17 mars 2020 » selon la Directive 2020/4 du SECO. Il a conclu à la réforme de la décision du 22 mai 2020 en ce sens que les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail devaient être accordées dès le 17 mars 2020. Il a sollicité de la chambre de céans qu'elle mette à la charge de l'OCE les frais et lui alloue une juste indemnité à titre de dépens.

10. Dans sa réponse au recours du 2 juillet 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision sur opposition querellée, considérant que le recourant n'avait apporté aucun élément nouveau dans ses écritures.

11. Le recourant n'a pas formulé d'observation.

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 la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé a refusé, pour la période du 17 mars au 6 avril 2020, le versement de l'indemnité en cas de RHT sollicitée par le recourant.

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).

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.

5. 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.

6. Pour lutter contre le COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes en édictant l'ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24 ; abrogée au 22 juin 2020) 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).

7. 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).

8. Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RS 837.033), 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).

9. 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).

10. 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 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), avec effet jusqu'au 31 août 2020 (art. 9 al. 2).

11. L'art. 8b de l'ordonnance a été abrogé avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 1777).

12. Les art. 3 et 6 de l'ordonnance ont été abrogés avec effet au 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

13. 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).

14. 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.

15. S'agissant de l'exercice du droit aux prestations d'un assureur social, l'art. 29 LPGA prévoit que celui qui fait valoir son droit à des prestations doit s'annoncer à l'assureur compétent, dans la forme prescrite par l'assurance sociale concernée (al. 1). Les assureurs sociaux remettent gratuitement les formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations ; ces formules doivent être transmises à l'assureur compétent, remplies de façon complète et exacte par le requérant ou son employeur et, le cas échéant, par le médecin traitant (al. 2). Si une demande ne respecte pas les exigences de forme ou si elle est remise à un organe incompétent, la date à laquelle elle a été remise à la poste ou déposée auprès de cet organe est déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques de la demande (al. 3).

16. L'art. 29 al. 3 LPGA prévoit une définition large de « l'organe incompétent ». Cette disposition découle à la fois de l'obligation de transmettre prévue à l'art. 30 LPGA, d'une part, et de la règle figurant à l'art. 29 al. 2 LPGA, d'autre part, selon laquelle lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à l'assureur incompétent, le délai est réputé observé (DUPONT/MOSER-SZELESS, Commentaire romand de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, 2018, art. 29 LPGA, p. 440, N 8).

17. Cette dernière disposition devrait dès lors être seule applicable, lorsqu'il y a lieu d'examiner si un délai a été préservé.

18. La date de réception de l'annonce joue un rôle en relation avec le respect de l'observation du délai. C'est pourquoi l'assureur et tout autre organe de mise en œuvre de l'assurance sociale – même si l'assuré s'est adressé à lui par erreur – doit enregistrer la date de réception de la demande de prestations et, cas échéant, transmettre celle-ci à l'assureur compétent (art. 29 al. 3 LPGA ; art. 30 LPGA) (DUPONT/MOSER-SZELESS, op. cit., p. 440, N 9). De manière générale, selon la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 LPGA, la date déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques d'une demande est celle à laquelle la requête a été remise à la poste ou déposée auprès de l'organe (compétent ou incompétent). Si une demande ne respecte pas les exigences de forme, l'assureur compétent pourra demander, dans un certain délai, de compléter l'annonce (DUPONT/MOSER-SZELESS, op. cit., p. 445, N 40).

19. L'envoi d'une demande de prestations à un organe incompétent, que ce soit par la poste ou en mains propres, préserve le délai de péremption prévu à l'art. 24 LPGA. Par « organe » incompétent, il faut comprendre non seulement un assureur social, mais également une commune ou une autorité d'aide sociale (DUPONT/MOSER-SZELESS, op. cit., p. 445, N 41).

20. Selon la jurisprudence, lorsqu'un assuré fait valoir son droit par un acte écrit qui ne répond pas à la forme prévue pour l'assurance sociale concernée, l'assureur social envoie une formule adéquate à l'assuré en l'invitant à la remplir dans un délai donné ; le principe de la bonne foi veut en effet que l'administration ne reste pas passive devant une demande qui ne satisfait pas aux réquisits formels. Cela suppose toutefois que l'assuré exprime, d'une manière ou d'une autre, sa volonté de présenter une « nouvelle » demande de prestations de l'assurance sociale. A défaut, la demande n'est pas « régularisée » ou « réparée » (DUPONT/MOSER-SZELESS, op. cit., p. 446, N 47, citant l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_549/2014 du 24 novembre 2014, consid. 4.3).

21. Selon l'art. 39 al. 2 LPGA, lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompétent, le délai est réputé observé. Cette disposition rappelle une règle générale en matière de procédure administrative, selon laquelle le délai est 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 d'assurance-invalidité, d'une caisse de chômage ou d'un assureur-maladie (DUPONT/MOSER-SZELESS, p. 511, N 12).

22. 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 aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en cause. En revanche, si l'autorité s'écarte de la loi non seulement dans un ou quelques cas, mais de manière constante et si elle laisse entendre qu'elle continuera à l'avenir à prendre des décisions non conformes à la loi, le citoyen peut exiger d'être traité de la même façon, c'est-à-dire d'être lui aussi favorisé dans l'illégalité, dans la mesure où d'autres intérêts légitimes ne s'en trouvent pas lésés. L'application de l'égalité de traitement dans l'illégalité suppose toutefois que les faits à apprécier soient identiques ou au moins semblables (ATF 131 V 9 consid. 3.7, 126 V 390 consid. 6a).

23. Dans un jugement de principe (VGE 200.20.428.ALV c. 5; JTA 200.2020.425.AC consid. 6.1), le tribunal administratif du canton de Berne a estimé que la pratique du SECO qu'il avait qualifiée d'illégale, qui avait été communiquée aux autorités cantonales de l'assurance-chômage par directives, avait été, avec une vraisemblance prépondérante (degré de preuve usité en droit des assurances sociales; ATF 144 V 427 consid. 3.2 par ex.), systématiquement appliquée pendant la période en cause en faveur des entreprises ayant dû fermer. Ainsi, il était arrivé à la conclusion qu'il se trouvait dans une situation (exceptionnelle) où les conditions strictes autorisant l'application du principe de l'égalité de traitement dans l'illégalité étaient réunies (à ce sujet voir ATF 131 V 9 consid. 3.7, ATF 126 V 390 consid. 6a).

24. En l'espèce, le recourant gère un café internet qu'il a dû fermer le 17 mars 2020 en exécution de l'ordonnance 2 COVID-19.

    Comme cela ressort des considérants ci-dessus, jusqu'au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de 10 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.

    Le recourant a adressé, le 26 mars 2020, un courriel à sa caisse AVS (Indemcovidindependant@ciam-avs.ch) en exposant qu'il avait dû fermer son établissement et que ses quatre employés et lui-même étaient dans l'impossibilité de travailler. Il avait préparé le formulaire 318.758 pour chacun de ses employés et lui-même et demandait si cela était correct.

    Le recourant s'est par conséquent trompé d'autorité en faisant valoir son droit à des indemnités pour RHT concernant ses employés en s'adressant à sa caisse AVS.

    Par cette démarche, il a néanmoins annoncé la fermeture de son entreprise en raison du COVID et a sollicité des prestations.

Malgré son erreur dans l'adressage de sa demande de prestations et l'absence du formulaire ad hoc, il faut considérer que le recourant a préservé le délai conformément à l'art. 29 al. 3 LPGA.

La demande d'indemnité adressée par courriel du 26 mars 2020 sera en conséquence assimilée à un préavis de RHT comportant une demande d'indemnités pour ses employés.

Au vu de ce qui précède, le recourant a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 26 mars 2020, à tout le moins.

25. Quant à l'effet rétroactif au 17 mars 2020, à titre d'égalité de traitement avec les assurés ayant déposé leur demande avant le 31 mars 2020, la chambre de céans ayant jugé illégale la directive du SECO prévoyant cette rétroactivité, il convient de se poser la question de l'égalité dans l'illégalité.

    La situation du recourant était semblable à celle des autres assurés qui ont dû fermer leur établissement par décision des autorités dès le 17 mars 2020 et pour lesquels la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l'OCE.

    À l'époque des faits, cette pratique n'avait pas été remise en question - la directive étendant les droits des bénéficiaires au 17 mars 2020 -, il se justifie de traiter le recourant de la même manière que les employeurs ayant dû fermer leurs établissements publics et ayant adressé leur préavis au plus tard le 31 mars 2020.

    Dans une autre cause, sur demande de la chambre de céans, l'OCE 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 (ATAS/1189/2020 du 9 décembre 2020 ch. 7 en fait).

    Eu égard à ce qui précède, au nom du principe de l'égalité dans l'illégalité, il y a lieu de retenir fictivement que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020 et d'ouvrir ainsi dès cette date, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT.

26. Au vu de ce qui précède, le recourant a droit à des indemnités pour RHT dès le 17 mars 2020.

27. Le recours est admis. La décision sur opposition sera annulée. La chambre de céans dira que le recourant a droit à des indemnités pour RHT dès le 17 mars 2020.

28. Le recourant, représenté par un conseil, obtient ainsi gain de cause, de sorte qu'il a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixera à CHF 1'000.- (art. 61 let. g LPGA; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986; RFPA - RS E 5 10.03).

29. 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.
3. Annule la décision du 22 mai 2020.
4. Dit que le recourant a droit à des indemnités pour RHT dès le 17 mars 2020.
5. Alloue au recourant, à charge de l'intimé, une indemnité de CHF 1'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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 NIERMARECHAL	Marine WYSSENBACH

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