RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1987/2020 **ATAS/87/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 février 2021

15ème Chambre

En la cause

A_____, B_____(entreprise individuelle), sis _____, à PUPLINGE	recourante

contre

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

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. L'entreprise individuelle A_____ (ci-après : l'employeur), dont le titulaire est B_____, a pour but, selon son inscription au registre du commerce, la création, l'entretien de jardins, le pavage, le dallage, l'arrosage automatique, l'élagage et la petite maçonnerie.

2. Le 5 avril 2020, B_____ a adressé un courriel à RHT (DSES), soit rht@etat.ge.ch, à la teneur suivante : « Suite [à la] pandémie de COVID-19, [s]on établissement a[vait] été fermé. Je vous envoi[e] les formulaires pour mon employé. Je reste à disposition. (…) ». Aucune pièce n'était jointe à ce courriel.

3. Le 6 avril 2020, B_____ a reçu une réponse à son précédent courriel provenant de la même adresse email (rht@etat.ge.ch) à la teneur suivante :

   « *Madame, Monsieur,*

   Pour faire suite à votre demande, nous vous informons que le service compétent en matière de réduction de l'horaire de travail (RHT) est le Service juridique au sein de l'Office cantonal de l'emploi (OCE).

   Vous trouverez ici le lien internet de l'OCE avec les informations sur la RHT, la procédure à suivre et les différents formulaires pour une éventuelle demande de préavis de réduction de l'horaire de travail.

   Votre demande est à adresser directement par courriel à : rht@etat.ge.ch

   Monsieur,

   Cela étant, si votre demande concerne une demande en lien [aux] APG, il vous appartient de déposer demande d'indemnité pour perte de gain auprès de votre caisse AVS.

   Vous trouverez les informations et le formulaire à remplir sur le site internet de votre caisse, par exemple https://www.ocas.ch/informations-importantes-pour-nos-bénéficiares-et-affilies/

   Merci de ne pas répondre au présente courriel »

4. Le 7 avril 2020, l'employeur a adressé un courriel à apgcovid19@ocas.ch en indiquant que son établissement avait été fermé en raison de la pandémie. Il indiquait joindre à son courriel les documents relatifs à son employé, C_____, numéro d'assuré 1_____.

5. Le 24 avril 2020, l'employeur a reçu une réponse à son courriel du 7 avril 2020 provenant de l'adresse apgcovid19@ocas.ch. Il lui était indiqué que les allocations pour perte de gain en cas de coronavirus étaient subsidiaires aux autres prestations d'assurance sociale, notamment les indemnités de l'assurance-chômage en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT). La demande d'allocation était ainsi rejetée. Il lui était conseillé de s'adresser à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) pour les démarches RHT puis auprès de la caisse de chômage. Un lien internet vers

la page https://www.ge.ch/actualite/covid-19-votre-entreprise-subit-perte-travail-18-03-2020 était fourni.

6. Le 26 avril 2020, l'employeur a transmis à l'OCE un préavis de réduction de l'horaire de travail pour une personne, du 17 mars 2020 « à ce jour », en raison d'une perte de travail de 50 %. Ce document était daté du 26 avril 2020 et a été adressé par courriel du même jour à l'adresse idoine.

7. Par décision du 29 avril 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), à compter du 26 avril 2020 jusqu'au 25 octobre 2020.

8. L'employeur a fait opposition le 22 mai 2020.

9. Le 9 juin 2020, l'OCE a confirmé, sur opposition, la décision précitée, en rappelant que selon la directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) du 9 avril 2020, 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 17 mars 2020 était considéré comme date de réception. Dans ce cas, la société n'exploitait pas un établissement public et avait communiqué le préavis après le 31 mars 2020, c'était à juste titre que les indemnités lui avaient été octroyées à compter du 26 avril 2020 uniquement.

10. Par courrier du 2 juillet 2020, l'employeur a formé un recours contre la décision sur opposition précitée en saisissant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre des assurances sociales, CJCAS ou chambre de céans), en indiquant avoir envoyé le formulaire pour les APG de son employé le 5 avril 2020 à l'adresse email du service RHT, duquel il avait reçu un accusé de réception le lendemain et l'information selon laquelle s'il voulait communiquer un préavis de réduction de l'horaire de travail, il devait le faire par courriel à l'adresse email qui lui était communiquée, et si sa demande était destinée aux APG, il devait s'adresser à sa caisse AVS, ce qu'il avait fait le lendemain. Deux semaines plus tard, il avait reçu un courriel l'informant qu'il devait s'adresser au service des RHT et au chômage, raison pour laquelle sa demande datait du 26 avril 2020. Il trouvait cela injuste, les informations reçues n'étant pas claires et ce d'autant moins qu'il n'était pas de langue maternelle française.

11. Dans sa réponse au recours du 28 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.

12. Par ordonnance du 18 septembre 2020, la chambre de céans a requis de l'OCAS de lui transmettre toutes les pièces qui auraient été jointes par l'employeur au sujet de la fermeture de son entreprise.

13. Par courrier du 21 octobre 2020, l'OCAS a indiqué ne pas pouvoir donner suite à la requête contenue dans l'ordonnance précitée, faute d'avoir pu retrouver le message d'origine de l'employeur ou ses annexes.

14. Invitées à présenter d'éventuelles observations, les parties n'en n'ont pas produit. 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 du recourant à une indemnité RHT pour son employé pour la période 17 mars au 26 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).

   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. 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).

6. 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).

7. 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).

8. 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).

9. 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).

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

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

12. 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).

13. 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.

14. 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, Commentaire romand de la Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, p. 511, n° 12).

15. A teneur de l'art. 46 LPGA, l'assureur social a le devoir d'enregistrer systématiquement tous les documents qui peuvent être déterminants.

16. Le Tribunal fédéral a, à diverses reprises, indiqué que le fardeau de la preuve doit exceptionnellement être renversé lorsqu'une partie ne peut pas apporter une preuve pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, mais à l'administration. Un tel cas de renversement du fardeau de la preuve a, par exemple, été admis en cas d'absence de preuve quant au respect du délai de recours, due au fait que l'administration ou l'autorité n'ont pas conservé au dossier de l'assuré l'enveloppe dans laquelle leur avait été envoyé l'acte de recours, en violation de leur devoir de gestion du dossier, et ont de ce fait empêché l'apport de la preuve quant au respect du délai de recours (ATF 128 V 218 consid. 8.1.1 p. 223 et les arrêts cités).

17. En l'occurrence, le recourant n'a pas été forcé de fermer son entreprise en raison des décisions prises par les autorités qui l'auraient visé directement. En effet son entreprise individuelle n'était pas concernée directement par les ordonnances prises par les autorités.

    L'intimé lui a octroyé une indemnité en cas de RHT dès le 26 avril 2020, soit dès la date de l'envoi de son préavis. 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.

18. Le recourant a adressé un premier courriel à l'adresse rht@etat.ge.ch le 5 avril 2020. Il ressort du dossier produit par l'intimé que par son courriel du 5 avril 2020, le recourant annonçait la fermeture de son entreprise sans autre information quant à la date d'introduction d'une éventuelle RHT, l'employé visé ou le taux d'activité de ce dernier. Le courriel ne mentionnait pas qu'un préavis de RHT était joint, ce qui ne ressort d'ailleurs pas du dossier en main de l'intimé, lequel ne contient que le préavis daté du 26 avril 2020. Ce premier courriel ne peut dès lors pas être considéré comme une demande de préavis.

    A la suite de l'envoi de son courriel du 5 avril 2020, l'employeur a reçu, par courriel du lendemain, des informations concernant deux procédures possibles l'une au sujet des RHT avec un lien renvoyant au formulaire et à la procédure et l'autre concernant les APG avec un lien vers un site de l'OCAS et l'adresse apgcovid19@ocas.ch. Le recourant a alors adressé une demande d'APG, à l'adresse apgcovid19@ocas.ch le surlendemain, soit le 6 avril 2020, en lieu et place d'envoyer un préavis de RHT sur le formulaire idoine à l'adresse rht@etat.ge.ch, comme cela ressortait des informations figurant sur le courriel avec les liens pertinents qu'il avait reçu la veille.

    Le recourant s'est par conséquent trompé d'autorité en faisant valoir son droit à des indemnités pour son employé en s'adressant à apgcovid19@ocas.ch.

    Cela étant, compte tenu de la démarche qu'il avait faite le 5 avril 2020 en annonçant la fermeture de son entreprise en raison du COVID à l'adresse email rht@etat.ge.ch, il est établi qu'il entendait bien solliciter des indemnités pour RHT. Il a toutefois manifestement mal compris la réponse automatique qu'il a reçue le 6 avril 2020. Cette erreur peut s'expliquer - comme il l'indique - par le fait qu'il n'est pas de langue maternelle française. Elle s'explique également par le fait qu'alors qu'il avait adressé son premier courriel à la bonne adresse email, une réponse automatique provenant de cette même adresse lui indiquait deux options à suivre. Dans la mesure où il avait précisément envoyé sa première demande (bien qu'incomplète) à rht@etat.ge.ch, la réponse automatique pouvait lui apparaître comme un indice qu'il s'était adressé à la fausse autorité et qu'il devait se référer au second lien soit une demande d'APG, ce qu'il a fait le lendemain.

    La demande d'indemnité APG adressée par courriel du 7 avril 2020 doit en conséquence être assimilée à une demande d'indemnités RHT formée auprès d'un autre assureur.

    Cet assureur n'a pas conservé de trace du courriel ou des documents transmis par le recourant contrairement à son obligation prévue par l'art. 46 LPGA et ce malgré le fait qu'il a statué et ainsi rejeté la demande du recourant. Le fardeau de la preuve du fait que la demande du recourant était complète n'a donc pas à être supporté par ce dernier.

    Il sera dès lors admis que le recourant a valablement annoncé la fermeture de son entreprise et sollicité en conséquence des indemnités pour son seul employé, par

envoi du 7 avril 2020, et que sa demande - bien qu'adressée à un autre assureur social - vaut préavis de RHT.

Au vu de ce qui précède, le recourant a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 7 avril 2020. Il ne peut en revanche se voir accorder une indemnité avec effet rétroactif au 17 mars 2020, pour les motifs exposés ci-avant.

19. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et il sera dit que le recourant a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 7 avril 2020.

20. 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 du 9 juin 2020.
4. Dit que le recourant a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 7 avril 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 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