



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2020/2020

ATAS/1161/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} décembre 2020

15^{ème} Chambre

En la cause

A _____, sise _____, à COINTRIN

recourante

contre

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

intimé

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

EN FAIT

1. A _____ (ci-après : l'employeur) est une association ayant pour but de former des chrétiens en utilisant des réseaux en collaboration avec d'autres mouvements et organisations avec des valeurs bibliques (judéo-chrétiennes) selon son inscription au registre du commerce.
2. Le 5 mai 2020, l'employeur a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) un préavis pour annoncer la réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) d'un employé, dès le 16 mars 2020, pour une durée indéterminée, en raison d'une perte de travail de 60 %. Ce document était daté du 11 avril 2020 et contenait pour information de destination « ÖFFENTLICHE ARBEITLOSENKASSE, Hochstrasse 37, 4002 BASEL ».
3. Par décision du 5 mai 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de RHT, à compter du 5 mai 2020 et non pas à compter du 16 mars 2020 comme requis.
4. L'employeur a fait opposition à cette décision et a requis un droit rétroactif à l'indemnité pour RHT dès le 16 mars 2020.
5. Le 9 juin 2020, l'OCE a confirmé, sur opposition, la décision précitée. Il rappelait que la directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) du 9 avril 2020 prévoyait - pour les demandes déposées en retard - que 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). Dès lors que la société avait en l'espèce communiqué le préavis après le 31 mars 2020, c'était à juste titre que les indemnités n'avaient été accordées qu'à compter du 5 mai 2020.
6. Par courrier du 29 juin 2020, l'employeur a contesté la décision sur opposition précitée, en demandant à l'OCE de revenir sur sa décision et en précisant qu'il avait déposé sa demande de RHT initiale dans le canton de Bâle où son unique employé était domicilié, en date du 11 avril 2020.
7. Par courrier du 7 juillet 2020, l'OCE a transmis le pli de l'employeur du 29 juin 2020 à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) en raison de sa compétence pour trancher un recours contre la décision du 9 juin 2020.
8. Dans sa réponse au recours du 28 juillet 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision sur opposition querellée, considérant que l'association recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans ses écritures. Il rappelait que l'association recourante n'avait pas apporté la preuve qu'elle avait déposé sa requête initiale à Bâle le 11 avril 2020.
9. Sur requête de la chambre de céans, les autorités bâloises lui ont fait parvenir le préavis que l'association recourante leur avait adressé le 11 avril 2020. Cette

autorité qui n'avait pas traité la demande ne pouvait pas indiquer si elle avait transmis ou non la demande à l'autorité cantonale genevoise compétente.

10. Invité à se déterminer sur ces pièces nouvelles, l'intimé a indiqué - par courrier du 18 septembre 2020 - qu'il fallait retenir la date du 11 avril 2020 comme date de dépôt du préavis de la recourante, dans la mesure où le préavis avait en effet été adressé aux autorités bâloises à cette date-là. L'octroi d'indemnités rétroactivement au 16 mars 2020 ne pouvait en revanche pas entrer en ligne de compte.
11. La recourante n'a pas fait d'observations dans le dernier délai imparti à cet effet et 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 les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 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 16 mars au 5 mai 2020, le versement de l'indemnité en cas de RHT sollicitée par la recourante, étant rappelé cependant que l'intimé a reconnu en fin de compte dans ses observations après instruction du 18 septembre 2020, le droit de la recourante à l'indemnité pour RHT pour la période du 11 avril au 5 mai 2020.

Cette reconnaissance étant postérieure à l'envoi de la réponse de l'intimé à la chambre de céans le 28 juillet 2020, la voie de la reconsidération pendente lite n'était plus ouverte (art. 53 al. 3 LPGA), de sorte que la nouvelle position de l'intimé, exprimée le 18 septembre 2020, doit être considérée comme une simple proposition faite au juge (ATF 109 V 234 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_1/2011 du 5 septembre 2011 consid. 1.1) à laquelle la chambre de céans se rallie, car elle est conforme au droit.

Cela entraînera l'admission partielle, soit sur cette période, du recours (cf. ATAS/762/2020 du 15 septembre 2020 consid. 11b ; ATAS/253/2020 du 24 mars 2020 consid. 4b).

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).

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.

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 ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; 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 (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; 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 ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; 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 (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; 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.

a. Ainsi, le 28 février 2020, le gouvernement suisse a adopté, en se fondant sur 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), l'ordonnance sur les

mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de prévoir des mesures devant permettre de diminuer le risque de transmission du COVID-19 (art. 1).

Le 13 mars 2020, 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 sur les épidémies précitée, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a abrogé l'ordonnance du 28 février 2020 précitée (art. 11).

Le 17 mars 2020, les manifestations publiques ou privées ont été interdites et les établissements publics, tels que les magasins et les restaurants, fermés (art. 6 al. 1 et 2 ; cf. ch. I de l'ordonnance du 16 mars 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020), mesures initialement prévues jusqu'au 19 avril 2020 et prolongées par la suite.

b. 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, sur la base de 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 (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020. Cette ordonnance prévoyait notamment qu'aucun délai d'attente ne devait être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et 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, état au 26 mars 2020). L'art. 8b al. 1 prévoyait que l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs.

Les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés le 1^{er} juin 2020 et les art. 3 et 6 ont été abrogés le 1^{er} septembre 2020.

6. Dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), la chambre de céans a jugé que pendant la période du 17 mars au 31 mai 2020, la date du préavis de RHT correspondait au début de la RHT et au début de l'indemnisation et que le droit aux indemnités ne pouvait naître rétroactivement.
7. Aux termes de l'art. 30 LPGA, les organes de mise en œuvre des assurances sociales ont en principe l'obligation d'accepter les demandes, requêtes ou autres

documents qui leur parviennent par erreur et de les transmettre à l'organe compétent (cf. également KIESER, ATSG-Kommentar, 2009, n° 13 ad art. 30 LPGA).

8. Selon l'art. 39 al. 2 LPGA en corrélation avec l'art. 60 al. 2 LPGA, lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompétent, le délai est réputé observé. Ces dispositions sont l'expression d'un principe général du droit reconnu par la doctrine, consacré à maintes reprises par la jurisprudence, selon lequel une autorité administrative est tenue de transmettre au tribunal compétent un recours qui lui est transmis par erreur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_794/2014 du 13 mars 2015 consid. 3.1 et les références citées).
9.
 - a. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
 - b. La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3).
10. En l'occurrence, la recourante a adressé son préavis de RHT à l'autorité cantonale bâloise par erreur. Cette autorité n'a pas pu indiquer si elle avait transmis la demande à l'autorité cantonale genevoise compétente ou non. Il n'en demeure pas moins que la recourante a, pour sa part, transmis son préavis le 11 avril 2020 à une

autorité, certes incompétente ratione loci mais qui aurait dû la transmettre à l'autorité genevoise compétente conformément à l'art. 30 LPGA.

Il faut dès lors retenir que le préavis a bien été fait le 11 avril 2020. À cet égard, la décision attaquée sera annulée.

En revanche, conformément à l'arrêt de principe rappelé ci-dessus, il ne peut être alloué d'indemnité en cas de RHT à titre rétroactif. Sur ce point, le recours ne peut être admis.

11. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision attaquée annulée et il sera dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 11 avril 2020.
12. 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 au sens du considérant 3, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.
3. Le rejette pour le surplus.
4. Annule la décision de l'intimé du 9 juin 2020.
5. Dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 11 avril 2020.
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 NIERMARÉCHAL

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