RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2521/2020 **ATAS/612/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 juin 2021

9ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, à CAROUGE	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Anny FAVRE et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. L'entreprise individuelle A_____, avec siège à Carouge (Genève), exploitait un salon de coiffure depuis son inscription au registre du commerce le 2 avril 1986. Son titulaire était Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré).

L'entreprise a été radiée du registre du commerce le 8 janvier 2021 par suite de cessation de l'exploitation (cf. extrait du registre du commerce).

B. a. Par courriel du 29 mars 2020 adressé à la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse AVS), l'assuré a transmis les demandes d'allocations pour perte de gain (ci-après : APG) pour ses employés « contraints de rester chez eux à la suite de la décision de l'autorité fédérale ».

b. Par courriel du 8 mai 2020, la caisse AVS a répondu qu'elle n'était pas compétente pour traiter les demandes APG. Elle a invité l'assuré à déposer une demande de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : caisse de chômage).

c. Par courriel du même jour, l'assuré a transmis les demandes pour ses employés à la caisse de chômage.

d. Par courriel du 13 mai 2020, la caisse de chômage lui a répondu que la demande devait être déposée auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE).

e. Par courrier du 18 mai 2020, l'assuré a transmis à l'OCE les demandes d'allocations pour perte de gain ainsi que les fiches de salaires de ses employés pour les mois de janvier à mars 2020.

f. Le 28 mai 2020, l'OCE a répondu à l'assuré que la demande d'indemnités en cas de RHT devait parvenir à l'OCE par le biais du formulaire officiel.

g. Par courriel du 10 juin 2020 adressé à la caisse de chômage, et transmis pour raison de compétence à l'OCE, l'assuré a fait parvenir un formulaire de préavis de RHT annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise, soit cinq employés, du 17 mars au 26 avril 2020.

C. a. Par décision du 9 juillet 2020, l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT. La société exploitait un établissement public visé par l'art. 6 de l'Ordonnance 2 COVID-19, de sorte qu'elle avait été contrainte de fermer ses locaux le 16 mars 2020. Toutefois, dans la mesure où la demande de RHT n'avait pas été déposée avant le 31 mars 2020, c'était la date du dépôt du préavis qui devait être prise en compte. La question de savoir s'il convenait de retenir comme date de réception le 8 mai 2020 (date du courriel adressé à la caisse de chômage) ou le 10 juin 2020 (date du courriel adressé à la caisse de chômage contenant le préavis) pouvait rester ouverte. Dans les deux cas, la demande avait été adressée après la période requise dans le formulaire de préavis (du 17 mars au 26 avril 2020).

b. Le 16 juillet 2020, l'assuré a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir que dès la fermeture de son salon de coiffure, il avait immédiatement formé sa demande à la caisse AVS. Ce n'était que le 8 mai 2020 que la caisse lui avait transmis sa réponse. Sur la base des renseignements fournis par la caisse AVS, il avait transmis sa demande d'indemnités à la caisse de chômage. Après avoir été redirigé vers l'OCE, il n'avait été informé du fait que la demande de RHT devait parvenir à l'OCE par le biais du formulaire officiel que le 28 mai 2020.

c. Par décision sur opposition du 23 juillet 2020, l'OCE a confirmé sa décision. Les motifs allégués dans l'opposition pour justifier le dépôt tardif du préavis ne pouvaient être retenus, dès lors qu'il appartenait à l'assuré de prendre toutes ses dispositions afin de se renseigner sur les délais et démarches à entreprendre ou de charger un tiers de le faire à sa place.

D. a. Par acte du 22 août 2020, l'assuré a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours à l'encontre de la décision précitée, concluant à l'octroi d'indemnités en cas de RHT à compter du 16 mars 2020. Il a repris en substance la motivation de son opposition.

b. Le 22 septembre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Le 5 octobre 2020, l'assuré a maintenu ses conclusions.

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 l'octroi d'indemnités en cas de RHT à compter du 16 mars 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). 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 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. En raison de la propagation de la COVID-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière » au sens de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; LEP - RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573) puis l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773) 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). Après avoir qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEP, le Conseil fédéral a procédé à des modifications de cette ordonnance, notamment 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), ainsi que notamment des fitness, piscines et centres de bien-être (art. 6 al. 2 let. d). Par ailleurs étaient également fermés les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tel que les salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (art. 6 al. 2 let. e). Les cabinets médicaux et ceux gérés par des professionnels de la santé ont pu rester ouverts moyennant la mise en place d'un plan de protection, mais ils ont dû renoncer à tous les traitements et intervention médicaux non urgents jusqu'au 27 avril 2020 (art. 10). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

Dès le 27 avril 2020, les prestataires proposant des services impliquant un contact physique comme les salons de coiffure, de massage, de tatouage et de beauté ont pu

rouvrir moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. p selon la modification du 27 avril 2020 ; modification du 16 avril 2020, entrée en vigueur le 27 avril 2020 ; RO 2020 1249).

6. a. S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, 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), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoyait, à son art. 8*b* al. 1 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 (RO 2020 1075). Cette disposition a été abrogée avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 1777). Quant à l'art. 8*c* de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, il prévoyait qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis devait être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail durait plus de six mois. Cette disposition a été abrogée par modification du 12 août 2020, avec effet au 1er septembre 2020 (RO 3569).

   b. Pour préciser les ordonnances du Conseil fédéral, le SECO a établi diverses directives. Dans la directive n. 6 (2020/06), le SECO a précisé que 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 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. 8*b* 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.

7. Selon l'art. 29 al. 3 LPGA, 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. L'art. 30 LPGA précise que tous les organes de mise en œuvre des assurances sociales ont l'obligation d'accepter les

demandes, requêtes ou autres documents qui leur parviennent par erreur. Ils en enregistrent la date de réception et les transmettent à l'organe compétent. Par ailleurs, en vertu de 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, voulant que le délai soit 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'assurances sociales. 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).

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). 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 (ATAS/346/2021 du 20 avril 2021 consid. 7b ; Guy LONGCHAMP, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 40 ad art. 29 LPGA).

8. En l'occurrence, l'intimé a fait opposition au préavis, au motif que l'indemnité en cas de RHT avait été sollicitée le 10 juin 2020, soit après la fin de la période pour laquelle elle était demandée (du 17 mars 2020 au 26 avril 2020).

   Il convient toutefois de relever que le recourant a formé une demande d'APG auprès de la caisse AVS par courriel du 29 mars 2020. Or, il s'agit bien d'un autre assureur au sens de l'art. 39 al. 2 LPGA et organe au sens des art. 29 al. 3 et 30 LPGA. On peut certes reprocher au recourant d'avoir déposé une demande d'APG en lieu et place d'une demande d'indemnités en cas de RHT. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, il convient toutefois d'assimiler la demande d'indemnités APG à une demande d'indemnités RHT (ATAS/346/2012 du 20 avril 2021 consid. 7 ; ATAS/127/2021 du 16 février 2021 consid. 7c ; ATAS/87/2021 du 9 février 2021 consid. 18 ; ATAS/1216/2020 du 15 décembre 2020 consid. 6 ; ATAS/1050/2020 du 29 octobre 2020, consid. 9). Il

ressort en effet sans ambiguïté de son courriel du 29 mars 2020 que le recourant entendait obtenir toute indemnité prévue selon les ordonnances COVID, pour ses employés, que ce soit une indemnité APG ou une indemnité en cas de RHT, dès lors que ces derniers étaient contraints de rester chez eux suite aux mesures prises par le Conseil fédéral le 17 mars 2020.

Aussi convient-il d'assimiler la demande d'APG du 29 mars 2020 à une demande d'indemnités en cas de RHT formée auprès d'un autre assureur.

9. Reste à déterminer si le recourant peut 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 des indemnités en cas de RHT dès le 17 mars 2020.

a. Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 p. 114 et les arrêts cités). Toutefois 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 l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 134 V 34 consid. 9 p. 44 et les références).

Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale : l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si les intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce.

b. En l'occurrence, le recourant exploitait un salon de coiffure, soit une entreprise ayant dû fermer ses portes le 17 mars 2020 en application de l'art. 6 al. 2 let. e de l'ordonnance COVID-19 du 17 mars 2020 (RO 2020 783). Il se trouve dès lors dans la situation dans laquelle la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l'OCE. Dans une autre affaire, l'OCE avait en effet indiqué à la chambre de céans 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). 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 (cf. ATAS/485/2021 du 14 mai 2021 consid. 11 ; ATAS/157/2021 du 2 mars 2021 consid. 25). Il se justifie dès lors 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.

Il convient en conséquence 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.

En vertu de l'art. 8*c* de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis devait être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Dans la mesure où, comme on l'a vu (cf. *supra* consid. 6a), cette disposition est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1er mars 2020 (jusqu'à son abrogation avec effet au 1er septembre 2020 ; RO 3569), la période couverte par le préavis durait jusqu'au 16 septembre 2020.

10. Le recours sera donc admis et la décision litigieuse modifiée en ce sens que le recourant a droit à l'indemnité en cas de RHT, pour une durée de six mois, à partir du 17 mars 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.

    Bien qu'obtenant gain de cause, le recourant, qui n'est pas représenté en justice et qui n'a pas allégué avoir déployé des efforts dépassant la mesure de ce que tout un chacun consacre à la gestion courante de ses affaires, n'a pas droit à des dépens.

    Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Réforme la décision sur opposition du 23 juillet 2020, en ce sens que le recourant a droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, pour une durée de six mois, à partir du 17 mars 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.
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 NIERMARÉCHAL	Eleanor McGREGOR

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