RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2551/2021 **ATAS/1181/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23 novembre 2021

15ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, p.a. Restaurant B_____, à GENÈVE	recourant

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

A **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'employeur ou le recourant), exploitait le restaurant B_____, à Genève, fondé le 7 mars 2019, et employait six travailleurs.

b. Le 20 mars 2020, l'employeur a fait parvenir à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) un premier formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) du 19 mars 2020, annonçant une perte de travail de 100 % pour cinq travailleurs, pour la période du 17 mars au 19 avril 2020.

c. Par décision du 14 avril 2020, l'OCE a indiqué qu'il ne s'opposait pas au préavis et que l'indemnité en cas de RHT était accordée du 17 mars au 16 septembre 2020 pour tout le personnel.

d. Par courrier du 4 novembre 2020, l'employeur a envoyé à l'OCE un deuxième formulaire de préavis de RHT annonçant une perte de travail de 90 % du 14 novembre au 15 décembre 2020.

e. L'OCE a accepté la demande d'indemnité en cas de RHT pour tout le personnel, par décision du 9 novembre 2020, pour la période du 4 novembre 2020 au 3 février 2021.

f. Le 15 janvier 2021, l'employeur a fait parvenir un nouveau formulaire de préavis de RHT à l'OCE dans lequel il annonçait une perte de travail de 90 % à partir du 15 janvier 2021.

g. L'OCE, par décision du 18 janvier 2021, a répondu favorablement à la demande d'indemnité en cas de RHT pour tout le personnel du 18 janvier au 17 avril 2021.

h. Le 23 mars 2021, l'OCE a envoyé une décision annulant et remplaçant la décision du 9 novembre 2020 dans la mesure où la demande d'indemnité en cas de RHT était acceptée pour la période du 4 novembre 2020 au 17 janvier 2021.

B. **a.** Par courrier du 6 juin 2021, l'employeur a transmis un formulaire de préavis de RHT à l'OCE. La perte de travail était de 90 %. Dans la case « début probable de la réduction de l'horaire de travail », l'employeur a répondu « le 18.04.2021 ».

b. Par décision du 7 juin 2021, l'OCE a accepté d'accorder l'indemnité en cas de RHT du 6 juin au 5 décembre 2021.

c. Le 9 juin 2021, à la suite d'un appel téléphonique avec la caisse cantonale genevoise du chômage (ci-après : CCGC), l'employeur a envoyé un autre formulaire de préavis de RHT à l'OCE, dans lequel il a indiqué que la date du début de la RHT était le 18 avril 2021. Il a précisé vouloir un préavis valable à partir du 18 avril 2021 et non depuis le 6 juin 2021, la décision du 15 janvier 2021 n'accordant l'indemnité en cas de RHT que jusqu'au 17 avril 2021.

d. L'OCE a indiqué à l'employeur, par courrier électronique du 10 juin 2021, qu'une décision concernant la demande de préavis dès le 18 avril 2021 avait déjà

été rendue le 7 juin 2021 et qu'il devait, par conséquent, former une opposition à son encontre dans le délai légal de trente jours.

e. Par courrier du 11 juin 2021, l'employeur a fait opposition à la décision du 7 juin 2021, en demandant à ce que l'indemnité en cas de RHT, dont il avait impérativement besoin pour le mois de mai 2021, soit accordée du 1er mai au 6 juin 2021, son restaurant ayant été fermé jusqu'au 31 mai 2021. Lors de la saisie en ligne de son préavis du 6 juin 2021, la demande avait été faite pour le mois de mai 2021 mais « l'application internet remettait toujours la date initiale au jour précédant du jour de la demande ».

f. Le 9 juillet 2021, l'OCE a rendu une décision sur opposition par laquelle il refusait la demande de l'employeur tendant à des indemnités en cas de RHT du 18 avril au 5 juin 2021, le préavis ayant été adressé le 6 juin 2021. L'indemnité en cas de RHT ne pouvait être accordée rétroactivement.

C. **a.** Le 30 juillet 2021, l'employeur a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la CJCAS) d'un recours contre la décision sur opposition précitée. Il a expliqué avoir oublié de demander le préavis avant le 17 avril 2021. Il a demandé à l'OCE de rectifier la décision en sa faveur, s'agissant d'un simple retard. Il a expliqué que la situation était extrêmement critique pour son restaurant dès lors que tous les restaurants avaient dû être fermés jusqu'au 31 mai 2021, les clients des restaurants se faisaient moins nombreux, l'économie se faisait morose et la masse salariale avait augmenté à la suite de l'application du salaire minimum en novembre 2020. Il ne bénéficiait en outre pas d'indemnité de perte de gain ni de l'aide en cas de rigueur, et l'aide au loyer s'était terminée en 2021. Il n'avait plus les fonds nécessaires pour payer les salaires de ses employés.

b. Le 31 août 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours, persistant dans les termes de sa décision sur opposition.

c. Par courrier du 22 septembre 2021, l'employeur a répété que la décision de l'OCE était lourde de conséquences pour son restaurant et ses employés, et qu'une simple erreur administrative ne devait pas punir sévèrement l'ensemble de l'entreprise. Il a précisé que le préavis devant être adressé à l'OCE avant la période pour laquelle l'indemnité était demandée alors que le décompte devait être demandé après cette période, il avait confondu et oublié de faire la demande de préavis dans les temps. De plus, le préavis était implicitement prolongé dans l'esprit des autorités, dès lors que le gouvernement continuait à soutenir les mesures de RHT jusqu'au 30 juin 2021. Enfin, il a exprimé son incompréhension quant à la directive du 30 juin 2021 du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : le SECO), citée par l'OCE dans ses décisions, alors que la demande concernait le mois de mai 2021.

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 le droit du recourant à une indemnité en cas de RHT pour la période du 18 avril au 5 juin 2021.

4. **4.1** 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).

4.2 Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps partiel et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de RHT (ATF 121 V 371 consid. 3a).

4.3 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.

Il en résulte 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, c'est-à-dire aux conditions de l'art. 41 LPGA (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). À teneur de cette disposition, si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis. Par empêchement non fautif d'accomplir un acte de procédure, il faut comprendre non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure - par exemple en raison d'une maladie psychique entraînant une incapacité de discernement (ATF 108 V 226 consid. 4 p. 228 ; voir également l'arrêt I 468/05 du 12 octobre 2005 consid. 3.1), mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou une erreur excusables. La maladie peut être considérée comme un empêchement non fautif et, par conséquent, permettre une restitution d'un délai de recours, si elle met la partie recourante ou son représentant légal objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par soi-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dans le délai (ATF 119 II 86 consid. 2 p. 87 ; ATF 112 V 255 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_209/2012 du 26 juin 2012 consid. 3.1 ; 8C_767/2008 du 12 janvier 2009 consid. 5.3.1).

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. **5.1** Pour lutter contre l'épidémie de 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), puis par l'ordonnance 3 sur les mesures

destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19), elle-même ensuite plusieurs fois modifiée.

À la suite de ces mesures, il y a eu différentes restrictions, notamment en ce qui concerne les restaurants. Les restaurateurs ont dû fermer leurs établissements durant plusieurs mois ou, à certaines périodes, limiter le nombre de clients.

5.2 En matière d'assurance-chômage, le Conseil fédéral a mis en place un certain nombre de dispositions visant à faciliter l'indemnisation en cas de RHT pendant la situation de crise sanitaire, telle que l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus du 20 mars 2020 (RO 2020 877) (ci-après : ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Cette ordonnance a été modifiée à plusieurs reprises et s'applique dans le cas présent dans sa version en vigueur du 1er avril au 1er juillet 2021, la décision litigieuse étant rendue le 7 juin 2021. Dans ses anciennes versions, notamment celle en vigueur jusqu'au 31 mai 2020, l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage prévoyait la suppression du délai de préavis (en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI) et, en particulier, que cette règlementation était entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1er mars 2020 selon l'art. 9 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage.

La CJCAS a jugé dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020) qu'il ressortait de l'interprétation de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, dans son ancienne teneur, que le Conseil fédéral avait supprimé le délai de préavis, mais pas le préavis lui-même. Ainsi, une indemnisation pour RHT devait toujours être annoncée à l'avance, même en application de l'art. 8b précité. L'employeur, bien qu'il ne devait plus respecter le délai de préavis de dix jours avant d'introduire la demande de RHT, était 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 au début de la RHT et au début de l'indemnisation (ATAS/542/2021 ; DUNAND / WYLER, Newsletter spéciale du 9 avril 2020, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, p. 15 s. et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_123/2021 du 7 avril 2021, consid. 4.3 et les références citées).

5.3 Pour préciser les ordonnances du Conseil fédéral, le SECO a établi diverses directives destinées aux autorités cantonales et caisses de chômage publiques et privées. Dans la directive 2021/16 : Actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie » qui remplace celle du 2021/13, il est précisé que les délais de préavis sont suspendus pour la période du 20 mars au 31 décembre 2021 et que l'autorisation peut donc être donnée à la date du dépôt de préavis (point 2.3 b, p. 10).

5.4 Le 19 mars 2021, l'Assemblée fédérale a adopté l'art. 17b de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie

de COVID-19 (loi COVID-19 – RS 818.102), en vigueur rétroactivement du 1er septembre 2020 jusqu'au 31 décembre 2021, qui prévoit qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI (1ère phrase), aucun délai de préavis ne doit être observé pour la RHT.

6. En l'espèce, le recourant gère un établissement qui a dû fermer ses portes à la suite des mesures prises par le Conseil fédéral. Depuis le 20 mars 2020, le recourant envoie régulièrement les formulaires de préavis de RHT à l'intimé. Lors de sa demande de préavis de RHT du 6 juin 2021, le recourant a demandé le droit à l'indemnité en cas de RHT pour la période du 18 avril 2021 au 5 décembre 2021. L'intimé, dans sa décision du 7 juin 2021, a uniquement reconnu ce droit pour la période du 6 juin au 5 décembre 2021 au motif que l'indemnité pour RHT ne peut être accordée rétroactivement.

À cet égard, comme cela ressort des considérants précités, bien que le délai de préavis ait été temporairement abrogé, il appartenait au recourant d'aviser l'intimé avant le début de la RHT, le préavis n'étant pas implicitement prolongé, contrairement à ce que soutient le recourant. En constatant que l'employeur avait communiqué son formulaire de préavis de RHT le 6 juin 2021, l'intimé a, à juste titre, octroyé l'indemnité en cas de RHT à l'employeur à compter de cette date dans sa décision du 7 juin 2021.

On peut certes déplorer les conséquences pour le recourant de son oubli mais il n'est pas possible de remettre en question l'obligation de déposer une demande de prestations sans délai et l'absence d'effet rétroactif, conformément aux dispositions légales et à la jurisprudence en matière de RHT.

Quant à la question de l'application de l'art. 41 LPGA, qui permet de restituer un délai en cas d'empêchement non fautif, le recourant ne peut se prévaloir de circonstances particulières telles qu'elles l'auraient empêché de déposer son préavis pour la période précitée. En effet, les conditions restrictives permettant d'admettre un empêchement non fautif au sens de cette disposition ne sont en l'espèce pas remplies, le recourant invoquant un simple oubli.

Partant, c'est à juste titre que l'intimé s'est opposé à l'indemnité en cas de RHT pour la période du 18 avril au 5 juin 2021.

7. Le recours doit en conséquence être rejeté.

8. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA 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. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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