RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2920/2020 **ATAS/647/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 juin 2021

9ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. La société A_____ SA (ci-après : la société), avec siège à Genève, est active dans le commerce de confection et d'accessoires de mode. Monsieur B_____ en est l'administrateur président avec signature individuelle, Monsieur C_____ en est l'administrateur directeur avec signature individuelle et Monsieur D_____ est le directeur adjoint avec signature individuelle. Par décision du 27 avril 2020, la Cour de justice civile a annulé le jugement déclaratif de faillite rendu le 17 février 2020 (cf. registre du commerce).

B. a. Par courriel du 27 mai 2020, la société, soit pour elle son directeur M. C_____, a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), signé le 25 mai 2020, annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise, soit trois employés, du 16 mars 2020 au 15 juin 2020.

b. Par décision du 29 mai 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de RHT à la société pour la période du 27 mai 2020 au 15 juin 2020.

c. Le 25 juin 2020, la société a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir que ses bureaux avaient dû fermer le 16 mars 2020 et n'avaient pu rouvrir que le 15 juin 2020. La société était spécialisée dans les costumes et chemises sur mesure pour hommes et femmes. Elle s'excusait du retard dans la demande de préavis, précisant qu'elle n'avait jamais demandé d'indemnités en cas de RHT et n'en connaissait pas les règles. Son objectif principal était de maintenir l'entreprise en marche et d'assurer la sécurité de son personnel, de ses clients et de ses fournisseurs. La société avait subi une perte de revenus assez importante car elle avait manqué sa principale saison de vente pour les mariages.

d. Par décision sur opposition du 8 juillet 2020, l'OCE a confirmé sa décision. 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 dès le 16 mars 2020. L'employeur avait toutefois déposé sa demande de préavis le 27 mai 2020, de sorte que les indemnités en cas de RHT ne pouvaient débuter qu'à cette date. Il lui appartenait 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.

C. a. Par acte du 10 septembre 2020, la société a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours à l'encontre de la décision précitée, faisait valoir qu'il était impossible pour les administrateurs de former une demande d'indemnités en cas de RHT avant le 27 mai 2020. Elle a expliqué qu'au moment de la fermeture des commerces par le Conseil fédéral, le président de la société était au Royaume-Uni sous traitement médical. Tous les autres directeurs étaient avec lui. Pour la santé et la sécurité des administrateurs, ainsi que pour le bénéfice de l'entreprise, la décision avait été prise pour eux de rester au Royaume-Uni jusqu'à ce que la situation soit sûre et qu'ils puissent prendre un avion pour retourner en

Suisse. Les administrateurs étaient finalement rentrés vers la fin du mois de mai 2020.

b. Le 13 octobre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Le 10 novembre 2020, la société a précisé que son administrateur avait quitté la Suisse le 7 mars 2020 et qu'à ce moment-là, aucune fermeture obligatoire n'avait encore été annoncée. Tous les vols entre Londres et Genève avaient été annulés en raison de la pandémie et l'administrateur n'avait pu rentrer que le 13 mai 2020.

À l'appui de son écriture, elle a produit un courriel du docteur E_____, neurologue, attestant de ce que M. B_____ était sévèrement malade en mars 2017. Il avait subi une intervention en mars 2020 au Royaume-Uni et avait demandé à ce que sa famille soit à ses côtés. Étaient également annexées des confirmations de vol aller (Genève-Londres), au nom de M. C_____ pour le 7 mars 2020, et retour (Londres-Genève), au nom du précité, pour le 13 mai 2020, ainsi qu'une attestation de la compagnie aérienne, confirmant que les vols n'étaient pas opérationnels entre le 17 mars et le 30 juin 2020.

d. Le 24 novembre 2020, l'OCE a persisté dans ses conclusions.

e. Par pli du 4 décembre 2020, les parties ont été informées de ce que la cause serait gardée à juger dès le 25 décembre 2020.

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, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA), le recours est recevable (art. 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le droit de la recourante 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.

c. Selon la jurisprudence concernant l'art. 36 LACI et l'art. 58 par. 4 OACI, en cas de notification tardive et sans excuse valable du préavis, la réduction des heures de travail n'est prise en compte qu'à l'expiration du délai de la notification tardive, le Tribunal fédéral ayant jugé cette réglementation nécessaire, objectivement justifiée et licite au regard de l'objectif poursuivi par la notification préalable du préavis, soit notamment de permettre l'examen des conditions d'admission du chômage partiel et de vérifier si l'employeur remplit les conditions de l'art. 37 LACI (cf. ATF 110 V 334 consid. 3 ainsi que les ATF 109 V 141 consid. 2b et 5a ; ATF 108 V 116 consid. 3a). Le délai de préavis est un délai de déchéance qui ne peut être ni prolongé, ni suspendu (ATF 110 V 334). Il peut toutefois être restitué en cas de raison valable, c'est-à-dire aux conditions de l'art. 41 LPGA (RUBIN, *op. cit*., n. 11 *ad* art. 36 LPGA). 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 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 ; 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).

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 et des marchés (art. 6 al. 2 let. a). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

   Dès le 11 mai 2020, les marchés et les magasins ont pu rouvrir moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. a ; modification du 29 avril 2020, entrée en vigueur le 11 mai 2020 ; RO 2020 1401).

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). En substance, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités en cas de RHT a été élargi : le conjoint ou le partenaire enregistré de l'employeur (art. 1), ainsi que les personnes fixant les décisions prises par l'employeur (art. 2) ont pu également prétendre à une indemnité en cas de RHT. Par ailleurs, plus aucun délai d'attente ne devait être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et l'employeur a pu demander le versement de l'indemnité en cas de RHT sans devoir en faire l'avance (art. 6). L'art. 8*b* al. 1 prévoyait en outre 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. En l'espèce, la recourante gère un établissement qui a dû fermer ses portes au public dès le 16 mars 2020. Ce n'est toutefois que le 27 mai 2020 que l'administrateur directeur de la société a fait parvenir le formulaire de préavis de RHT à l'intimé.

Comme cela ressort des considérants précités, même si le délai de préavis de dix jours a été temporairement abrogé, il appartenait à la recourante d'aviser l'intimé avant le début de la RHT. Dès lors qu'elle a communiqué son formulaire de préavis de RHT le 27 mai 2020 à l'intimé, c'est à juste titre que ce dernier lui a octroyé l'indemnité en cas de RHT à compter de cette date.

La recourante ne peut pas se prévaloir du fait qu'elle ignorait qu'elle n'aurait droit à des indemnités de RHT que dès le dépôt de sa demande. En effet, la loi que nul n'est censé ignorer (ATF 124 V 215 consid. 2b/aa p. 220 et arrêt du Tribunal fédéral 9C_97/2009 du 14 octobre 2009 consid. 3.3) n'a jamais consacré des versements rétroactifs d'indemnités de RHT avant la pandémie. Tout employeur est tenu d'informer l'OCE de sa volonté de réduire l'horaire de travail avant la réduction effective, le droit aux indemnités ne pouvant en effet naître rétroactivement à l'avis (arrêt du Tribunal fédéral 8C_123/2021 du 7 avril 2021 consid. 4.3 et les références mentionnées).

Par ailleurs, le fait que l'administrateur président de la recourante ait subi une intervention à Londres en mars 2020 ne suffit pas pour admettre l'existence d'un empêchement non fautif. Outre que l'attestation du neurologue ne permet pas d'établir que l'administrateur président était dans un état tel qu'il était objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par lui-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dès la fermeture de son commerce, force est de retenir qu'aucun élément au dossier ne permet de retenir que l'administrateur directeur était, lui aussi, empêché de transmettre un formulaire de préavis. Le fait qu'il résidait temporairement à Londres durant le confinement ne l'empêchait pas d'adresser son préavis par email ou de charger un tiers d'agir à sa place. On relèvera à cet égard que toutes les informations figuraient sur Internet, notamment sur les sites de l'État de Genève, de l'OCE et de la fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1.

La décision entreprise doit partant être confirmée.

8. Infondé, le recours doit être rejeté.

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version – applicable en l'occurrence – jusqu'au 31 décembre 2020).

* * * * * *

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	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