RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3080/2020 **ATAS/836/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 août 2021

5ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE	recourante

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____ SA (ci-après : la société ou la recourante) est une société anonyme, grossiste en articles de souvenirs et inscrite au registre du commerce depuis 1923. Madame B_____ en est l'administratrice, avec signature individuelle.

2. La société a fait une première demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), pour 14 membres du personnel, en date du 13 mars 2020. Par décision du 19 mars 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) lui a octroyé l'indemnité en cas de RHT pour la période allant du 19 mars au 30 mai 2020. Suite à une seconde demande, déposée le 17 juin 2020, l'OCE a, par décision du 19 juin 2020, octroyé à la société l'indemnité en cas de RHT pour la période allant du 17 juin au 30 septembre 2020, tout en mentionnant dans la décision, en texte gras, que « le droit à l'indemnité en cas de RHT s'éteint si l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage est abrogée ».

3. En date du 31 août 2020, la société a déposé une nouvelle demande d'indemnité en cas de RHT pour 12 personnes, pour la période allant du 1er au 30 septembre 2020.

4. Par décision du 4 septembre 2020, l'OCE a accordé l'indemnité en cas de RHT, pour la période allant du 11 au 30 septembre 2020. La décision était justifiée par le fait que l'employeur devait respecter un délai de préavis de dix jours, de sorte que la perte de travail n'était prise en considération qu'à partir de l'expiration de ce délai et que la RHT ne pouvait être accordée que par période de trois mois. Il était encore mentionné qu'il appartenait à l'employeur de déposer, le cas échéant, un nouveau préavis de RHT, dix jours au moins avant la continuation de la RHT.

5. Par courrier reçu par l'OCE en date du 11 septembre 2020, la société s'est opposée à la décision du 4 septembre 2020, expliquant qu'elle s'était fondée sur la décision du 19 juin 2020 qui lui avait accordé l'indemnité en cas de RHT jusqu'au 30 septembre 2020. L'administratrice de la société mentionnait qu'elle n'avait malheureusement pas suffisamment pris garde aux informations parues dans la newsletter de la Fédération des entreprises romandes (ci-après : FER) du 17 août 2020, car « elle se croyait couverte jusqu'à fin septembre avec les RHT ».

6. En date du 24 septembre 2020, l'OCE a rendu une décision sur opposition, écartant l'opposition du 8 septembre 2020 et confirmant la décision du 4 septembre 2020. L'OCE rappelait que dans la décision précédente accordant l'indemnité en cas de RHT du 17 juin au 30 septembre 2020 à la société, l'attention de la destinataire avait été spécifiquement attirée sur le fait que le droit à l'indemnité s'éteignait si l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage était abrogée. De surcroît, les employeurs avaient été informés de la situation dans le courant du mois d'août 2020 et il leur appartenait de prendre toutes leurs dispositions afin de se renseigner sur les démarches à entreprendre, notamment en consultant le site Internet de l'OCE qui contenait toutes les informations utiles.

7. Par écriture du 30 septembre 2020, postée le lendemain, la société a recouru contre la décision sur opposition du 24 septembre 2020. La recourante exposait qu'elle se

sentait « soutenue et couverte par la décision du 19 juin 2020 m'accordant la RHT jusqu'au 30 septembre 2020 ». Ce n'était qu'à son retour de vacances que l'administratrice de la société avait découvert dans la newsletter de la FER que « toutes les entreprises qui avaient bénéficié d'un préavis RHT pendant trois mois ou plus au 31 août 2020 devaient redéposer une nouvelle demande de préavis pour continuer à bénéficier de l'indemnité RHT pour le mois de septembre et les mois subséquents ». Rappelant les conséquences financières de la baisse du chiffre d'affaires pour la société, elle concluait à ce que les indemnités en cas de RHT lui soient accordées pour le mois de septembre 2020 complet.

8. En date du 30 octobre 2020, l'OCE a répondu au recours. Selon l'intimé, il était établi et non contesté que la recourante avait transmis, par courriel du 1er septembre 2020, un préavis de son intention de prolonger la RHT pour six collaborateurs, du 1er au 30 septembre 2020, à un taux de 60%. Compte tenu du délai de préavis de dix jours applicable et du fait que l'octroi de l'indemnité en cas de RHT n'était pas rétroactif, c'était à juste titre que l'OCE avait fait partiellement opposition à la demande, en n'acceptant celle-ci que pour la période allant du 11 au 30 septembre 2020. Les arguments de la recourante ne pouvaient pas être retenus pour justifier le dépôt tardif de son préavis, dès lors que les employeurs avaient été informés de la situation dans le courant du mois d'août 2020 et qu'il leur appartenait de prendre toutes les dispositions et de se renseigner sur les démarches à entreprendre, notamment en consultant le site Internet de l'OCE ; il était également rappelé que la décision de l'OCE du 19 juin 2020, ainsi que la décision sur opposition du 17 juillet 2020, attiraient l'attention de la recourante sur le fait que le droit à l'indemnité s'éteignait en cas d'abrogation de l'ordonnance COVID-19. Dès lors que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse, l'OCE maintenait cette dernière.

9. La recourante a répliqué en date du 7 décembre 2020, insistant sur le fait que la modification de la loi (sic) intervenue pendant qu'elle était en vacances ne lui avait pas permis de réagir à temps et qu'elle regrettait le manque d'assistance envers une entreprise suisse basée à Genève depuis 1923.

10. Par duplique du 18 décembre 2020, l'OCE a rappelé en premier lieu que la demande d'indemnité en cas de RHT n'avait pas été refusée pour tout le mois de septembre 2020, mais n'avait été acceptée que pour la période allant du 11 au 30 septembre 2020. L'intimé considérait que la recourante devait s'attendre, à tout moment, à des changements ou à des nouvelles décisions prises par les autorités, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, raison pour laquelle il lui appartenait de charger un tiers de s'occuper de ses affaires pendant ses vacances. Il était également rappelé qu'à titre exceptionnel, les dirigeants d'entreprise avaient eu droit à l'indemnité en cas de RHT, entre le mois de mars 2020 et le 31 mai 2020. Enfin, l'intimé précisait que si l'administratrice de la recourante n'avait pas reçu d'aide financière pour elle-même, hormis durant la période exceptionnelle précitée, son entreprise était au bénéfice de l'indemnité en cas de RHT pour ses employés,

depuis le 19 mars 2020, soit du 19 mars au 31 août 2020 et du 11 septembre au 31 décembre 2020, ainsi que du 1er janvier au 31 mars 2021. Ces faits étant rappelés, l'OCE persistait intégralement dans les termes de la décision querellée.

11. Par courrier du 16 avril 2021, l'OCE a transmis à la chambre de céans une demande d'indemnité en cas de RHT, communiquée par la recourante à l'intimé, en annexe d'un courriel daté du 24 mars 2021.

12. Selon le courriel de la recourante, cette dernière demandait de pouvoir bénéficier de l'indemnité en cas de RHT pour tout le mois de septembre 2020.

13. Sur ce, 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. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision par laquelle l'intimé s'est opposé au versement de l'indemnité en cas de RHT du 1er au 10 septembre 2020.

4. Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une demande de 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). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la RHT est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question. L'indemnité s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI).

5. Selon l'art. 36 al. 1 LACI, 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.

6. 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).

7. 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 supprimé temporairement en raison de la pandémie de coronavirus).

8. 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 de travail 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).

9. Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a).

10. 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 ; ci-après : LEP - RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté 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 limitait notamment 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 ordonnant la fermeture des restaurants (art. 6 al. 2 let. b). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Elle a été abrogée avec effet au 11 mai 2020 (RO 2020 1499). Dès cette date, les restaurants ont pu rouvrir à condition de disposer d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. b^{bis}) et pour autant que les consommations soient prises assises, que le nombre de clients soit limité à quatre personnes à table et que les établissements restent fermés entre 00h00 et 06h00 (art. 6 al. 3bis). L'ordonnance 2 COVID-19 a été abrogée le 22 juin 2020 (RO 2020 773).

11. 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 (ci-après : 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. 8b 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 RHT en faveur de ses travailleurs. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 3569). Quant à l'art. 8c 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 RHT durait plus de six mois. Cette disposition ainsi que les articles 3, 4, 6, 8, 8a al. 1 et 8d à 8f de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage) ont été abrogés, en date du 12 août 2020, avec effet au 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

12. 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 (ci-après : loi COVID-19 ; RS 818.102). Selon l'art. 17b al. 1, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, aucun délai de préavis ne doit être observé pour la RHT. Le préavis doit être renouvelé lorsque la RHT dure plus de six mois. À partir du 1er juillet 2021, une RHT pour une durée de plus de trois mois ne peut être autorisée que jusqu'au 31 décembre 2021 au plus tard. Toute modification rétroactive d'un préavis existant doit faire l'objet d'une demande auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

    Selon le ch. III al. 7 de la modification du 19 mars 2021 à la loi COVID-19 (RO 2021 153), l'art. 17b al. 1 entre en vigueur rétroactivement le 1er septembre 2020 et a effet jusqu'au 31 décembre 2021.

13. Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi COVID-19 du 17 février 2021 que l'art. 17b crée une disposition directement applicable qui, après son entrée en vigueur, n'a pas besoin d'être mise en œuvre dans l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. L'art. 17b al. 1, 1ère phr., supprime totalement le délai de préavis pour toutes les entreprises. Le début de la RHT pourra être autorisé à partir de la date du préavis pour autant que toutes les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité soient remplies. Par ailleurs, selon l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis doit être renouvelé et la RHT autorisée de nouveau si celle-ci dure plus de trois mois. L'al. 1, 2ème phr. de l'art. 17b de la loi COVID-19 prévoit que

l'autorisation de RHT émise par l'autorité cantonale sera désormais valable pendant six mois. Autrement dit, l'entreprise ne devra renouveler le préavis que si la RHT dure plus de six mois. Cette réglementation allègera la charge administrative des entreprises et des organes d'exécution (FF 2021 285, p. 29s.).

14. En l'espèce, la décision querellée a été rendue en date du 24 septembre 2020, alors que l'art. 8b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage - stipulant 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 RHT - avait été abrogé avec effet au 1er juin 2020.

    Or, depuis que l'intimé a rendu la décision querellée, le droit applicable à la présente espèce a été modifié par l'adoption, le 19 mars 2021, de l'art. 17b al. 1 de la loi COVID-19, selon lequel aucun délai de préavis ne doit être observé pour la RHT.

    La disposition transitoire de l'art. 17b al. 1, prévoit que ledit article entre en vigueur avec effet rétroactif au 1er septembre 2020. Cette disposition transitoire institue ainsi une rétroactivité au sens propre, en ce sens que les faits juridiquement déterminants se sont produits avant l'adoption du nouveau droit. Dès lors qu'elle est prévue par une loi fédérale (art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [ci-après : Cst. - RS 101] et qu'elle vise à conférer de nouveaux avantages aux administrés (cf. Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., n. 421), il convient de l'appliquer à la situation de la recourante.

    Ainsi, dans la mesure où la demande d'indemnité en cas de RHT a été déposée le 1er septembre 2020, pour l'indemnité en cas de RHT à compter du 1er septembre 2020 et pour toute la durée du mois de septembre, l'indemnité en cas de RHT doit être accordée dès la date de dépôt de la demande, soit le 1er septembre 2020.

    Encore faut-il que la modification rétroactive du préavis existant ait fait l'objet d'une demande de la recourante, auprès de l'OCE, avant l'échéance du 30 avril 2021, selon l'art. 17b al. 1 dernière phr. de la loi COVID-19.

    Cette condition est remplie, dès lors qu'à teneur des documents transmis par l'intimé, en annexe de son courrier du 16 avril 2021, la recourante a déposé sa demande d'indemnité en cas de RHT pour tout le mois de septembre 2020, auprès de l'OCE, par courriel du 24 mars 2021.

    Au vu de ce qui précède, la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT dès le 1er septembre 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage, des conditions conformément à l'art. 39 LACI.

    Étant rappelé qu'en vertu de l'art. 17b al. 1 de la loi COVID-19, le préavis, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, doit être renouvelé lorsque la RHT dure plus de six mois ; l'autorisation de RHT émise par l'autorité cantonale est ainsi valable pendant six mois.

15. Le recours sera donc admis et la décision litigieuse annulée.

16. La recourante, qui n'est pas représentée par un mandataire professionnellement qualifié 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.

17. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, *ratione temporis* 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. Annule la décision du 24 septembre 2020.
4. Dit que A_____ SA a droit à l'indemnité pour cause de réduction de l'horaire de travail, dès le 1er septembre 2020, pour une durée de six mois, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions, conformément à l'art. 39 LACI.
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	Le président
Diana ZIERI	Philippe KNUPFER

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