RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3356/2021 **ATAS/903/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 13 octobre 2022

5ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE recourante

contre

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

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

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA (ci-après : la société ou la recourante) est une société anonyme inscrite au registre du commerce et ayant notamment pour but social l'exploitation de gérance et restaurant. Elle exploite un bar à l'enseigne « B_____ ». Monsieur C_____ (ci-après : l'administrateur) en est l'administrateur avec signature individuelle, depuis le 3 décembre 2014.

b. Par e-mail du 20 mars 2020, la société a soumis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) un formulaire de « préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) en raison des mesures prises par le Conseil fédéral suite à la pandémie COVID-19 », RHT devant être introduite pour toute l'entreprise, concernant deux employés, avec un taux probable de perte de travail de 100 %, à partir du 16 mars 2020 et sans indiquer de date de fin estimée de la durée de la RHT.

c. Par décision du 31 mars 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au préavis de RHT, au motif que celle-ci ne pouvait être accordée que pour une durée de six mois au maximum, et a, dès lors, accordé l'indemnité en cas de RHT pour la période allant du 20 mars au 19 septembre 2020.

d. D'autres demandes de prolongation de l'indemnité RHT en raison de la pandémie COVID-19 ont ensuite été soumises par la société à l'OCE, la dernière en date aboutissant à une décision de l'OCE du 17 novembre 2020, accordant l'indemnité RHT pour deux employés, à 100 %, du 4 novembre 2020 au 3 février 2021.

e. Par email du 23 juin 2021, la société a transmis à l'OCE une demande de préavis RHT « ceci pour la période qui suit le 03.02.2021 » ajoutant qu'il s'agissait « d'une demande de prolongation ». Le formulaire de préavis de RHT joint à l'email demandait l'octroi de la RHT à partir du 1er février 2021 et concernait un employé à 100 %. Il était signé et daté du 22 juin 2021.

f. Par email du 25 juin 2021, l'OCE a demandé des renseignements complémentaires à la société, notamment quant aux personnes concernées et aux dates.

g. Par email du 29 juin 2021, la société a répondu qu'il s'agissait d'une demande de prolongation du préavis accordé jusqu'au 3 février 2021 et ceci à partir du 4 février 2021. Une autorisation d'ouverture ayant été accordée à partir du 31 mai 2021, la prolongation de la RHT était demandée jusqu'à cette date. La raison de la demande de prolongation était que le bar n'avait pas la possibilité d'exercer son activité jusqu'au 31 mai 2021, en raison des mesures de restriction et ne disposait pas d'une terrasse qui aurait permis de servir les clients à l'extérieur. Il s'agissait d'un employé, avec une perte de travail prévisible de 100 %.

B. **a.** Par décision du 29 juin 2021 concernant l'indemnité RHT, l'OCE a refusé cette dernière en raison du fait que la demande avait été déposée après la fin de la période pour laquelle une demande de RHT pouvait être déposée, de sorte que la perte de travail ne pouvait pas être prise en considération, en raison de la tardiveté de la demande.

b. Par courrier du 27 juillet 2021, la société s'est opposée à la décision du 29 juin 2021 alléguant avoir été surprise par la réponse de l'OCE, dès lors que la demande de prolongation de RHT était datée du 1er février 2021 et avait donc été déposée dans les délais. Était annexé un courrier daté du 1er février 2021, portant l'adresse de l'intimé et demandant la prolongation de l'indemnité RHT qui avait été accordée jusqu'au 3 février 2021.

c. Par décision sur opposition du 8 septembre 2021, l'OCE a écarté l'opposition du 27 juillet 2021 et a confirmé la décision du 29 juin 2021. Le refus était justifié par le fait que la société n'avait pas pu apporter la preuve qu'elle avait bel et bien adressé sa demande de prolongation le 1er février 2021 et n'avait fourni aucune excuse valable justifiant le dépôt tardif de son préavis. Dès lors, la demande de prolongation de la RHT reçue le 23 juin 2021, concernant une période antérieure à la date de dépôt, soit la période allant du 1er février au 31 mai 2021, était tardive.

C. **a.** Par courrier posté le 1er octobre 2021, la société a recouru par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) contre la décision sur opposition du 8 septembre 2021 concluant à l'octroi de l'indemnité RHT à dater du 4 février 2021 et ceci pour une durée de six mois, jusqu'au 3 août 2021, en alléguant que la demande de préavis avait été déposée, dans le délai, soit le 1er février 2021.

b. Par réponse du 26 octobre 2021, l'intimé a persisté intégralement dans les termes de sa décision.

c. Invitée à répliquer par la chambre de céans, en date du 1er novembre 2021, la recourante n'a pas réagi.

d. Lors de l'audience de comparution personnelle appointée en date du 15 septembre 2022, l'administrateur de la recourante ne s'est pas présenté et ne s'est pas excusé après l'audience. La représentante de l'intimé a déposé plusieurs documents démontrant que la demande de RHT, prétendument envoyée par la recourante en février 2021, ne s'était pas égarée dans un autre service, produisant notamment un email daté du 15 septembre 2022, rédigé par la caisse de chômage et confirmant qu'aucun préavis RHT n'avait été réceptionné au nom de la recourante en février 2021.

e. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

f. Les autres faits seront cités, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 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-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10).

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 sur opposition du 8 septembre 2021 rejetant la demande d'indemnité RHT de la recourante, à compter du 3 février 2021, pour raison de tardiveté.

4. 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. En ce qui concerne la période ici litigieuse, on rappellera qu'à compter du 29 octobre 2020, le Conseil fédéral a notamment prévu que, pour les clients des établissements de restauration, des bars et des boîtes de nuit, ceux-ci étaient tenus de s'asseoir et la taille des groupes ne pouvait excéder 4 clients par table (art. 5a de l'ordonnance du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière - ordonnance COVID-19 situation particulière - RS 818.101.26, dans son état le 19 octobre 2020). Le Conseil fédéral a réservé la possibilité pour les cantons de prévoir temporairement des mesures plus strictes (art. 8 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière).

C'est ainsi qu'en application de l'ordonnance précitée, le Conseil d'État genevois a adopté un arrêté le 1er novembre 2020. Par cet arrêté, entré en vigueur le 2 novembre 2020 (à 19h00), le Conseil d'État a ordonné la fermeture, notamment, des installations et établissements offrant des consommations, notamment des bars, des café-restaurants, cafeterias, buvettes et établissements assimilés ouverts au public, à l'exception des cantines d'entreprise, d'établissements de formation ouverts et de structures d'accueil, moyennant un plan de protection (art. 11 let. d de l'arrêté du 1er novembre 2020).

5.

5.1 Selon l'art. 36 al. 1 de 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), 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.

5.2 Selon l'art. 58 al. 1 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), le délai de préavis en cas de RHT est exceptionnellement de trois jours lorsque l'employeur prouve que la RHT doit être instaurée en raison de circonstances subites et imprévisibles. Par ailleurs, selon l'art. 58 al. 4 OACI, 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 (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).

5.3 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). D'après son al. 1er, 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.

L'al. 2 stipule que pour les entreprises concernées par une RHT en raison des mesures ordonnées par les autorités depuis le 18 décembre 2020, le début de la RHT est autorisé, à leur demande, avec effet rétroactif à la date de l'entrée en vigueur de la mesure correspondante, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI. La demande doit être déposée le 30 avril 2021 au plus tard auprès de l'autorité cantonale.

L'al. 3 précise qu'en dérogation à l'art. 38 al. 1 LACI, l'entreprise doit faire valoir le nouveau droit aux indemnités découlant des al. 1 et 2, le 30 avril 2021 au plus tard, auprès de la caisse de chômage compétente.

D'après 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.

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'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.).

6.

6.1 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).

6.2 Aux termes de l'art. 39 al. 1 LPGA, applicable à la procédure en matière d'assurance-chômage par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI, les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

À l'instar d'autres dispositions de droit fédéral relatives à l'observation des délais ayant une teneur équivalente (cf. art. 21 al. 1 PA [RS 172.021], art. 48 al. 1 LTF, art. 143 al. 1 CPC [RS 272], art. 91 al. 2 CPP [RS 312.0]), l'art. 39 al. 1 LPGA pose le principe de l'expédition pour les envois d'une partie à l'autorité administrative ou judiciaire. Ainsi, lorsque l'envoi se fait par voie postale, ce qui en pratique est la règle, le critère déterminant pour l'observation du délai n'est pas le fait que l'écrit soit arrivé le dernier jour du délai auprès de l'autorité (principe de réception) mais qu'il ait été remis à la Poste suisse le dernier jour du délai (cf. arrêt 5A_536/2018 du 21 septembre 2018 consid. 3.2, in Pra 2019 n° 4 p. 36). Dans ce dernier cas, c'est le sceau postal qui permettra de prouver le dépôt de l'envoi avant l'échéance du délai. Dans l'hypothèse où l'assuré dépose son envoi dans une boîte aux lettres publique après l'heure de la dernière levée, l'envoi portera le cachet postal du lendemain, ce qui ne lui permettra pas d'apporter la preuve du respect du délai. Dans ce cas, l'assuré est autorisé à apporter la preuve du respect du délai au moyen de témoignages (ATF 124 V 372 consid. 3b p. 375 ; cf. aussi ANNE-SYLVIE DUPONT, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n^{os} 8 s. ad art. 39 LPGA).

7. 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a).

8.

8.1 En l'espèce, l'entrée en vigueur, en date du 1er avril 2021, de l'art. 17b de la loi COVID-19 a introduit un système dérogatoire à l'art. 36 al. 1 LACI, supprimant l'exigence du délai de préavis, avec effet rétroactif au 1er septembre 2020, pour autant qu'une demande soit déposée par l'employeur auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

L'intimé affirme que ni l'OCE ni la caisse de chômage n'ont reçu une demande de RHT de la recourante, pour la période débutant le 1er février 2021, avant le 23 juin 2021.

De son côté, la recourante affirme le contraire et demande l'octroi de l'indemnité RHT.

8.2 Dans le domaine des assurances sociales, 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). Au demeurant, il n'existe 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).

8.3 Contrairement à ce que la recourante allègue, on ne saurait admettre que le préavis a été valablement déposé le 1er février 2021. En effet, l'intimé a retenu dans sa décision sur opposition que ce courrier ne lui était pas parvenu. La recourante n'ayant pas pris la précaution d'adresser sa demande par courrier recommandé échoue à démontrer que le dépôt de sa demande a été accompli en temps utile, de sorte qu'elle supporte les conséquences d'une absence de preuve en ce qui concerne la date de dépôt du préavis qu'elle a prétendument adressé à l'OCE.

Étant précisé que toutes les précédentes demandes d'indemnité RHT de la recourante avaient été transmises à l'intimé, sous forme de courrier électronique, pour lesquelles le jour, voire l'heure de remise, pouvaient aisément être prouvées. On peut, dès lors, s'étonner du fait que, dans le cas particulier, la recourante aurait soudainement décidé d'adresser sa demande de préavis par voie postale le 1er février 2021 et serait ensuite restée sans réaction, jusqu'en juin 2021, en dépit de l'absence de décision de l'OCE, ce qui affaiblit d'autant plus la portée de ses allégations.

9. Partant, le recours sera rejeté.

10. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA et 89H al. 1 LPA).

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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le