RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3914/2021 **ATAS/529/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 juin 2022

15ème Chambre

En la cause

A_____, titulaire de l'entreprise individuelle B_____ au PETIT-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Delia MULA	recourant

contre

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

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Saskia BERENS TOGNI et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'employeur ou le recourant), titulaire de l'entreprise individuelle B_____, soit pour lui la fiduciaire C_____, a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) par courriel du 20 juillet 2021 un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour un secteur d'exploitation « administrative », soit un travailleur à 80% dès le 12 mars 2021.

b. Le 22 juillet 2021, l'employeur a répondu aux questions de l'OCE comme suit : il requérait l'indemnité pour RHT dès le 13 mars 2021, parce qu'il n'avait pas d'argent pour payer son assistante administrative et ne pouvait pas lui offrir du travail à 100% ; son chiffre d'affaires en 2018 avait été de CHF 389'739.80, en 2019 de CHF 162'024.90, en 2020 de CHF 177'199.60 ; son chiffre d'affaires mensuel de janvier à juin 2021 avait été de CHF « 85,5995 » ; le nombre de ses clients par mois en 2019 : 1782, en 2020 : 2080 et en 2021 : 415 ; les encaissements ne se faisaient plus ou très rarement depuis 2020 ; il n'avait plus assez d'argent pour payer ses charges et le salaire de son assistante ; la diminution du « volume » persistait, si les encaissements reprenaient et que l'activité revenait en force, il pourrait payer son assistante.

c. Par décision du 17 août 2021, l'OCE a refusé la demande d'indemnité en cas de RHT en raison de la tardiveté de la demande de RHT du 20 juillet 2021 et parce que le secteur d'exploitation n'était pas assimilable à une entreprise dans le cas d'espèce.

d. Par acte du 17 septembre 2021, l'employeur s'est opposé à la décision du 17 août 2021, le retard étant dû au fait qu'il avait dû changer de fiduciaire, le responsable de la fiduciaire ayant été affecté par le COVID et par les vaccins qui l'avaient rendu très malade.

e. Par décision sur opposition du 15 octobre 2021, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 17 août 2021.

B. **a.** Par acte du 16 novembre 2021, l'employeur a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans) d'un recours contre la décision sur opposition du 15 octobre 2021. Le retard dans le dépôt de la demande de RHT était de la faute de sa fiduciaire qui avait souffert du COVID et qui lui avait indiqué que la demande de préavis n'était soumise à aucun délai. Son chiffre d'affaires en moyenne mensuelle s'élevait à CHF 36'796.21 en 2018, à CHF 17'743.93 en 2019, à CHF 25'515.36 en 2020 et à CHF 18'456.32 en 2021, ce qui était la preuve d'une baisse de l'activité. L'employeur n'avait pas pu payer le salaire de son employée. Il souhaitait la comparution des parties et l'audition de son employée, l'annulation de la décision et l'octroi de l'indemnité pour RHT du 12 mars au 15 juillet 2021, sous suite de frais et dépens.

b. Par réponse du 14 décembre 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Par courrier du 10 janvier 2022, l'assuré a indiqué ne pas avoir d'observations à faire, de sorte que 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. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

3. Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité en cas de RHT pour la période du 12 mars au 15 juillet 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). 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).

4.2 S'agissant plus particulièrement de la procédure, l'art. 36 al. 1 LACI – dans sa teneur au 1er janvier 2021, soit à la date de la décision du 17 août 2021 (ATF 144 II 326 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 9C_53/2021 du 30 juin 2021 consid. 2.1 et 5.1) – 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.

4.3 Selon l'al. 2 de la même disposition, dans le préavis, l'employeur doit indiquer :

a. le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail;

b. l'ampleur de la réduction de l'horaire de travail ainsi que sa durée probable;

c. la caisse auprès de laquelle il entend faire valoir le droit à l'indemnité. Dans le préavis, l'employeur doit justifier la réduction de l'horaire de travail envisagée et rendre plausible, à l'aide des documents prescrits par le Conseil fédéral, que les conditions dont dépend le droit à l'indemnité, en vertu des art. 31, al. 1, et 32, al. 1, let. a, sont réunies. L'autorité cantonale peut exiger d'autres documents nécessaires à l'examen du cas (art. 36 al. 3 LACI).

Lorsque l'autorité cantonale estime qu'une ou plusieurs conditions dont dépend le droit à l'indemnité ne sont pas remplies, elle s'oppose par décision au versement de l'indemnité. Dans chaque cas, elle en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (art. 36 al. 4 LACI).

4.4 Selon l'art. 58 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), l'employeur doit annoncer la RHT au moyen de la formule du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après SECO).

L'art. 58 al. 4 OACI précise que lorsque l'employeur n'a pas remis le préavis de RHT 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.

4.5 Les délais prévus aux art. 36 LACI et 58 OACI sont des délais de déchéance, mais peuvent être restitués aux conditions de l'art. 41 LPGA (Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, n. 661). Les annonces de RHT rétroactives sont exclues (ATF 110 V 334 consid. 3c).

4.6 La chambre de céans a jugé dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020) qu'un préavis ne peut avoir d'effet rétroactif.

4.7 Selon l'art. 29 al. 1 LPGA, celui qui fait valoir son droit à des prestations doit s'annoncer à l'assureur compétent, dans la forme prescrite pour l'assurance sociale concerné.

4.8 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.

4.9 Si une demande ne respecte pas les exigences de forme, l'assureur compétent pourra demander, dans un certain délai, de compléter l'annonce (Guy LONGCHAMP, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 40 ad art. 29 LPGA).

4.10 Lorsqu'un assuré fait valoir son droit par un acte écrit qui ne répond pas à la forme prévue pour l'assurance sociale concernée, l'assureur social envoie une formule adéquate à l'assuré en l'invitant à la remplir dans un délai donné; le principe de la bonne foi veut en effet que l'administration ne reste pas passive devant une demande qui ne satisfait pas aux réquisits formels. Cela suppose toutefois que l'assuré exprime, d'une manière ou d'une autre, sa volonté de présenter une « nouvelle » demande de prestations de l'assurance sociale. À défaut, la demande n'est pas « régularisée » ou « réparée » (Guy LONGCHAMP, op. cit, n. 47 ad art. 29 LPGA).

4.11 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 réduction de l'horaire de travail. Le préavis doit être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. À partir du 1er juillet 2021, une réduction de l'horaire de travail 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.

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.

4.12 Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'autorité (art. 43 LPGA). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Cela comporte en partie l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi la partie concernée s'expose à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 145 V 90 consid. 3.2 p. 92). En droit de l'assurance-chômage et à titre d'exemple, en matière de remise de la liste des recherches d'emploi, le Tribunal fédéral a presque toujours retenu que malgré les pertes de documents pouvant se produire dans toute administration, les assurés supportaient les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise de ladite liste (cf. ATF 145 V 90 consid. 3.2 précité).

5. En l'espèce, il n'est pas contesté que le préavis de RHT a été adressé après la période pour laquelle le recourant sollicitait l'indemnité y relative. Une demande

d'indemnité pour RHT qui doit être précédée de l'envoi d'un préavis de RHT ne peut porter sur une période antérieure au préavis. Il n'existe pas d'effet rétroactif comme l'a déjà jugé la chambre de céans.

La première condition à l'octroi d'indemnité pour RHT n'étant pas remplie, c'est à raison que l'intimé a refusé au recourant le droit à cette indemnité.

Le recourant a fait toutefois valoir que sa fiduciaire a été malade du coronavirus et qu'il lui avait indiqué qu'il n'y avait pas de délai à respecter.

Ces motifs ne peuvent cependant pas justifier une restitution de délai au sens de l'art. 41 LPGA, qui prévoit que 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.

En effet, force est de constater que le recourant n'allègue pas avoir été lui-même empêché d'agir, seul le responsable de la fiduciaire ayant été malade.

Le recourant pouvait dès lors agir lui-même en tant qu'employeur ayant l'intention d'introduire une RHT ou mandater une autre fiduciaire pour cette tâche.

Le fait que le recourant aurait ignoré qu'il lui appartenait de déposer son préavis avant la réduction du temps de travail, car il aurait été induit en erreur par sa fiduciaire, ne permet pas d'en juger autrement, étant rappelé que nul n'est censé ignorer la loi et nul ne peut tirer des avantages de son ignorance du droit (ATF 124 V 215 consid. 2b/aa p. 220 et arrêt du Tribunal fédéral 9C_97/2009 du 14 octobre 2009 consid. 3.3).

En conséquence, le recours sera rejeté.

La procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGA).

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
Nathalie LOCHER	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