RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/721/2021 **ATAS/396/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 avril 2021

5ème Chambre

En la cause

A_____SA, pour B_____, sise c/o, _____, à CAROUGE	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Andres PEREZ et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs

EN FAIT

1. En date du 22 mars 2020, la société A_____SA (ci-après : l'employeur ou la recourante) a transmis par e-mail 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, pour l'entreprise exploitant une discothèque à l'enseigne B_____. Le préavis concernait sept travailleurs qui étaient touchés par la réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT). La durée probable de la réduction de l'horaire de travail allait du 16 mars 2020 au 30 juin 2020, à 100%. En annexe, figurait la liste des employés, ainsi qu'un organigramme de la société et le bilan de la société, de même que le compte des pertes et profits, pour les années 2017 et 2018. Le réviseur de la société attestait, par courrier, que le bilan de l'année 2019 était en cours de réalisation.

2. Par décision du 31 mars 2020, l'office cantonal de l'emploi a fait opposition au préavis de réduction de l'horaire du travail du 22 mars 2020, indiquant que la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : CCGC) pouvait octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période allant du 22 mars au 21 septembre 2020. L'OCE motivait sa décision par le fait que l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il avait l'intention de requérir la réduction de l'horaire de travail en faveur de ces travailleurs et que le délai de préavis devait être renouvelé lorsque la RHT avait duré plus de six mois.

3. L'employeur a renouvelé son préavis de RHT en date du 19 août 2020, ce qui a abouti à la décision d'octroi de RHT du 20 août 2020.

4. L'employeur a transmis à l'OCE un préavis de RHT, daté du 14 décembre 2020, pour la période allant du 1er décembre 2020 au 28 février 2021, indiquant un pourcentage prévisible de perte de travail par mois de 100% pour cinq employés.

5. Par décision du 18 janvier 2021, l'OCE a accordé la RHT pour la période allant du 18 janvier au 17 avril 2021, au motif que le délai de préavis était exceptionnellement de trois jours, lorsque l'employeur prouvait que la RHT devait être instauré en raison de circonstances subites et imprévisibles, ce qui était le cas en l'espèce.

6. Par courrier du 1er février 2021 adressé à l'OCE, l'employeur a exposé qu'il avait reçu un appel de la CCGC lui expliquant que le paiement du mois de décembre 2020 pour la RHT était suspendu en attendant que l'OCE prenne la décision de prolonger ou non la RHT. L'employeur rappelait que la discothèque qu'il exploitait était fermée depuis le 30 juillet 2020 et ceci jusqu'à une date indéterminée et demandait que l'OCE montre de la clémence et du soutien pour les employés qui attendaient leurs indemnités salariales du mois de décembre 2020.

7. Par courrier du 2 février 2021, l'employeur a fait opposition à la décision du 18 janvier 2021, au motif que la RHT devait lui être accordée depuis le mois de décembre 2020. Il concluait à ce que l'OCE prenne une décision qui inclurait la RHT pour le mois de décembre 2020.

8. Par décision du 18 février 2021, l'OCE a refusé d'octroyer la RHT pour le mois de décembre 2020, au motif que les délais de préavis n'avaient pas été respectés par l'employeur et que la demande datée du 14 décembre 2020 avait été transmise tardivement et reçue par l'OCE en date du 15 janvier 2021. L'OCE exposait que lorsqu'un employeur avait l'intention de requérir une indemnité en faveur de ces travailleurs, il était tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit 10 jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le délai de préavis était un délai de péremption selon les directives du SECO ; il ne pouvait ainsi pas être restitué, d'autant plus que l'employeur n'invoquait aucun motif pour justifier le dépôt tardif de sa demande de RHT. L'OCE rappelait qu'il était expressément mentionné dans la décision du 20 août 2020 que le droit à la RHT prenait fin au 30 novembre 2020 et qu'il appartenait à l'employeur de déposer, cas échéant, un nouveau préavis 10 jours au moins avant la continuation de la RHT. Selon l'OCE, l'employeur n'avait pas apporté la preuve d'avoir déposé en date du 14 décembre 2020 son préavis de RHT ; dès lors, la décision du 18 janvier 2021 était justifiée et confirmée, en ce sens que la RHT était octroyée du 18 janvier 2021 au 17 avril 2021.

9. Par pli du 25 février 2021, l'employeur a déposé un recours contre la décision du 18 janvier 2021, rappelant que la discothèque était fermée depuis le 16 mars 2020, que l'activité avait cessé depuis cette date et que ladite discothèque resterait fermée jusqu'à une date indéterminée. L'employeur exposait avoir envoyé à l'OCE une nouvelle demande de préavis du 14 décembre 2020 afin de prolonger la décision du 20 août 2020, et portant sur la période du 1er décembre au 28 février 2021. Toutefois, l'employeur reconnaissait avoir malheureusement envoyé ladite demande en retard, en raison du stress causé par la pandémie et de la surcharge de travail pour obtenir des aides, ainsi que de la préoccupation de l'avenir incertain de l'entreprise. Il alléguait que le retard dans la transmission de la demande de renouvellement de la décision ne devait pas avoir pour conséquence de pénaliser les employés qui se retrouvaient aujourd'hui en situation très difficile, étant rappelé que l'employeur avait accepté de ne pas licencier ses employés et de les soutenir afin qu'ils retrouvent leurs postes de travail le jour de la réouverture de la discothèque. L'employeur concluait à l'annulation de la décision de l'OCE et à l'octroi de la RHT pour le mois de décembre 2020.

10. Par réponse du 19 mars 2021, l'OCE a exposé que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée qui était ainsi maintenue.

11. Par réplique du 6 mars 2021, l'employeur a joint un e-mail de GastroSuisse, reçue le 29 mars 2021, concernant le préavis de réduction de l'horaire de travail rétroactif, indiquant que les lacunes concernant les préavis de réduction de RHT pouvaient être à présent comblées de manière rétroactive, pour autant que la demande soit déposée jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard. Il était ainsi possible de demander rétroactivement une autorisation de RHT jusqu'au 22 décembre 2020,

pour autant que la demande soit envoyée à l'autorité jusqu'au 30 avril 2021, au moyen du formulaire spécifique « Demande et décompte d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ». Se fondant sur cette nouvelle mesure, la recourante exposait avoir déposé une nouvelle demande sur formulaire spécial, concernant la RHT pour la période de décembre 2020 et de janvier 2021. Une copie du formulaire daté du 30 mars 2021 était annexé à la réplique.

12. Par courrier du 16 avril 2021, l'OCE a informé la chambre de céans qu'à la suite du dépôt, par la recourante, de la demande de modification de la décision de l'OCE du 18 janvier 2021 et de la prise en compte rétroactive de la RHT pour les mois de décembre 2020 et de janvier 2021, l'OCE avait rendu une nouvelle décision le 7 avril 2021, annulant et remplaçant la décision de l'OCE du 20 août 2020 et accordant à l'employeur la RHT pour la période allant du 1er septembre 2020 au 17 janvier 2021. L'intimé exposait que la recourante était ainsi au bénéfice d'une autorisation de RHT pour la période allant du 1er septembre 2020 au 17 janvier 2021 et pour la période allant du 18 janvier au 17 avril 2021, ce qui rendait le recours sans objet. La décision du 7 avril 2021 était jointe en annexe et se fondait sur les articles 17 et suivants, ainsi que les modifications adoptées le 20 mars 2021 concernant la loi COVID-19. Il était décidé que la RHT était accordée pour la période allant du 1er septembre 2020 au 17 janvier 2021, ce qui annulait et remplaçait la décision du 20 août 2020. L'intimé considérait que la décision du 7 avril 2021 rendait le recours sans objet.

13. Une copie du courrier du 16 avril 2021 a été transmise à la recourante par pli du 20 avril 2021 et 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 dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

3. L'art. 53 al. 3 LPGA prévoit que, jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé. Par ailleurs, en vertu de l'art. 67 LPA, le recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales a un effet dévolutif (al. 1) et l'administration peut, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision pour autant qu'elle notifie, sans délai, sa nouvelle décision aux parties et

en donne connaissance à l'autorité de recours (al. 2). Toutefois, l'autorité de recours continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (al. 3).

L'art. 53 al. 3 LPGA règle ainsi le cas particulier de la reconsidération *pendente lite* d'une décision ou d'une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé (ATF 136 V 2 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 8C_18/2009 du 31 juillet 2009 consid. 3 et les références). A contrario, si l'assureur a déjà envoyé sa réponse, il ne peut plus reconsidérer sa décision. Une décision *pendente lite* rendue postérieurement à l'échéance du délai de réponse est donc nulle et n'a valeur que d'une simple proposition au juge (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_1/2011 du 5 septembre 2011 consid. 1.1 et les références). La décision prise *pendente lite* ne met fin au litige que dans la mesure où elle correspond aux conclusions du recourant. Le litige subsiste dans la mesure où la nouvelle décision ne règle pas toutes les questions à satisfaction du recourant ; l'autorité saisie doit alors entrer en matière sur le recours dans la mesure où l'intéressé n'a pas obtenu satisfaction, sans que celui-ci doive attaquer le nouvel acte administratif (ATF 127 V 228 2b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 115/06 du 15 juin 2007 consid. 2.1).

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, n. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31 ss LACI). 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]). 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.

5. L'art. 17b « Préavis, durée et octroi rétroactif de la réduction de l'horaire de travail » 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) est entré en vigueur le 1er avril 2021 (introduit par le ch. I de la LF du 19 mars 2021

[Cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants, acteurs culturels, manifestations], en vigueur du 20 mars au 31 déc. 2021, sous réserve de l'al. 1, en vigueur du 1er sept. 2020 au 31 déc. 2021 RO 2021 153; FF 2021 285).

Selon l'al. 1 de l'art. 17b Loi COVID-19, 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.

L'al. 2 stipule que pour les entreprises concernées par une réduction de l'horaire de travail en raison des mesures ordonnées par les autorités depuis le 18 décembre 2020, le début de la réduction de l'horaire de travail 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.

6. En l'espèce, l'intimé a fondé sa décision du 18 janvier 2021 sur les dispositions en vigueur au moment de la prise de décision, soit l'art. 36 al. 1 LACI instituant un délai de préavis de 10 jours.

   Toutefois, l'entrée en vigueur, en date du 1er avril 2021, de l'art. 17b 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, pour autant que la demande soit déposée par l'employeur auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

   Les conditions d'octroi étant réunies, l'OCE a rendu une nouvelle décision le 7 avril 2021, se fondant sur les nouvelles dispositions entrées en vigueur le 1er avril 2021, avec effet rétroactif.

   Ladite décision correspond aux conclusions de la recourante et règle toutes les questions à satisfaction de cette dernière.

   Au vu de ce qui précède et des pièces du dossier, il se justifie de déclarer le présent recours sans objet.

PAR CES MOTIFS,

LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

1. Prend acte de la décision rendue par l'intimé le 7 avril 2021.
2. Constate que le recours est devenu sans objet.
3. Raye la cause du rôle.
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
Nathalie LOCHER	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