GE_GERICHTE ATAS/127/2021 vom 16. Februar 2021

GE Cour de justice, 2021-02-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_127_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/127/2021 du 16 février 2021

IT: GE_GERICHTE ATAS/127/2021 del 16 febbraio 2021

Erwägungen

E. 6

Par acte daté du 5 mai 2020 et posté le 8 mai suivant, la société a demandé à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales ou la chambre de céans) de modifier la date d'entrée en vigueur du droit aux indemnités RHT qu'elle avait reçues pour la période au 17 mars 2020. D'après la motivation de ce recours, l'activité du signataire, à savoir l'associé gérant (qui était conseiller en assurances), était fondée sur le contact personnel avec les clients à l'agence et en visite à leur domicile sur rendez-vous. Il avait dû l'arrêter à la suite de l'annonce du 16 mars 2020 du Conseil fédéral de fermer les établissements dont les prestations impliquaient un contact rapproché avec les clients. En effet, les clients eux-mêmes ne voulaient pas un contact avec lui à cause de la pandémie. Depuis le 17 mars 2020, la source du revenu de son activité n'était plus possible, le travail administratif qu'il pouvait continuer à effectuer étant à cet égard de très peu d'importance et insuffisant pour que l'activité de lui-même et de l'agence puisse perdurer. Le collaborateur de la FER-CIAM avait, lors de l'entretien téléphonique du 20 mars 2020, informé l'associé gérant que le formulaire à remplir était la « demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus », vu sa situation d'employé de la société. Il n'avait pas à subir les conséquences négatives découlant de la « mauvaise information » de la FER-CIAM tendant à la transmission du formulaire « demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus ».

E. 7

Dans sa réponse du 8 juin 2020, l'intimé a persisté dans les termes de la décision sur opposition querellée, considérant que la recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans son recours.

E. 8

La société n'a pas répliqué dans le délai au 13 juillet 2020 que la chambre de céans lui avait octroyé pour ce faire par lettre du 11 juin 2020.

E. 9

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

A/1322/2020 - 4/11 - 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 la forme et le délai prévus par la loi, l'acte de recours, dans la mesure où il permet de comprendre que la recourante conclut principalement à l'annulation de la décision sur opposition querellée en tant qu'elle lui refuse l'octroi d'indemnités en cas de RHT pour la période du 17 mars au 8 avril 2020 (art. 89B al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]), est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA). 3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé a refusé, pour la période du 17 mars au 8 avril 2020, le versement des indemnités en cas de RHT sollicité par la recourante. 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. L'art. 58 OACI prévoit des délais de préavis plus courts dans des circonstances particulières. c. 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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; 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 (Boris RUBIN, op. cit., n. 11 ad art. 36 LACI ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). 5. a. 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 se fondant sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ainsi que sur plusieurs dispositions la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et sur l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du

E. 13

mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19). L'art. 6 al. 2 de cette dernière prévoit que les établissements publics sont fermés, notamment les magasins et les marchés (let. a), les restaurants (let. b), les bars, les discothèques, les boîtes de nuit et les salons érotiques (let. c), les établissements de divertissement et de loisirs, notamment les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, les casinos, les centres sportifs et de fitness, les piscines, les centres de bien-être et les domaines skiables, les jardins botaniques et zoologiques et les parcs zoologiques (let. d), les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (let. e). b. Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures en matière d'assurance-chômage. C'est ainsi que le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié l'art. 50 al. 2 OACI, lequel prévoit, jusqu'au 30 septembre 2020, que pour chaque période de décompte, seul un délai d'attente d'un jour est déduit de la perte de travail à prendre en considération. Le 20 mars 2020, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a adopté 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), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020. En substance, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités RHT a notamment 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) peuvent également prétendre à une indemnité en cas de RHT. Par ailleurs, plus aucun délai d'attente ne doit être

A/1322/2020 - 6/11 - déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et l'employeur peut demander le versement de l'indemnité en cas de RHT sans devoir l'avancer (art. 6). L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a ensuite été modifiée le 26 mars 2020, avec effet rétroactif au 17 mars 2020 également (art. 9). À teneur du nouvel art. 8b, en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité RHT en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de RHT peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2). Dans la directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) 2020/06 du 9 avril 2020 (ci-après : la directive 2020/06), le SECO a précisé que pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception si l'entreprise a dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle a déposé sa demande avant le 31 mars 2020 (date de réception / cachet de la poste). Le 1er juin 2020, les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés. c. Entretemps, le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a également adopté l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 - RS 830.31), prévoyant une APG pour les personnes salariées ou indépendantes subissant une interruption de leur activité lucrative en raison d'une mesure prévue par l'ordonnance 2 COVID-19 et pour un des motifs précisément énoncés (art. 2 al. 1 à 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19), étant précisé que l'allocation est octroyée subsidiairement aux prestations des assurances sociales, aux prestations des assurances régies par la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA - RS 221.229.1) et aux salaires qui continuent d'être versés par les employeurs (art. 2 al. 4 de cette même ordonnance). 6. Dans un arrêt de principe (ATAS/510/2020 du 25 juin 2020), répondant à la question de savoir si l'art. 8b de

l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage a suspendu, tant que dure la pandémie, le principe de la non-rétroactivité des indemnités RHT tel que prévu par l’art. 36 LACI, la chambre de céans a interprété ledit art. 8b conformément aux diverses méthodes d’interprétation applicables en la matière. Selon elle, force est de constater, en premier lieu, que l’al. 1 de cette disposition prévoit que l’employeur n’est pas tenu de respecter un délai de préavis. Ceci signifie qu’un préavis est toujours requis, ce qui est au demeurant confirmé par l’al. 2 qui porte sur la possibilité de communiquer son préavis par téléphone, de sorte que seul le délai - au sens de l’art. 36 al. 1 en lien avec l’art. 58 al. 1 à 4 OACI - a été supprimé entre le 17 mars et le 31 mai 2020 et non l'exigence d’un préavis (consid. 5 et 6 a et b). Dans le cadre de l’examen de la question de savoir si, compte tenu de la référence à l’art. 58 al. 4 OACI et vu la suppression du délai, le préavis

A/1322/2020 - 7/11 - doit en réalité être considéré comme un avis, la chambre des assurances sociales a conclu qu’une RHT, pour laquelle une indemnisation est demandée, doit toujours être annoncée à l’avance, même en application de l’art. 8b de l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage (consid. 6c à e). En définitive, jusqu’au 31 mai 2020, seul le délai de préavis de dix jours a été supprimé (cf. art. 8b de l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Ainsi, pendant cette période, un employeur pouvait appliquer une RHT dès réception, par l’intimé, du préavis, et être indemnisé dès cette date, mais non avant (consid. 8). Dans ce même arrêt (ATAS/510/2020 précité), la chambre de céans a rappelé que, destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux ; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité ; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références ; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1 ; consid. 9a). Selon la chambre des assurances sociales, en admettant dans la directive 2020/06 – à teneur de laquelle, 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 rétroactivité des demandes déposées avant le 31 mars 2020, le SECO a adopté une pratique contraire à l’art. 8b de l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. « Cela étant, pour pouvoir invoquer une inégalité de traitement dans l’illégalité, il faut encore que la recourante rende vraisemblable le fait que l’administration persévérera dans l’inobservation de la loi et que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables. Or, la pratique contestée par la recourante ne concerne que les demandes déposées entre le 17 et le 31 mars 2020, pour lesquelles l’intimé s’est selon toute vraisemblance déjà prononcé par décision. Il paraît ainsi peu probable qu’il soit amené, à l’avenir, à se prononcer sur une demande déposée en mars. Par conséquent, on ne peut pas prévoir que l’intimé persévérera dans l’inobservation de l’art. 8b de l’ordonnance COVID-19 assurance-chômage. De plus, la situation de la recourante n’est pas comparable à celles visées par la pratique en vigueur. Certes, comme d’autres, la recourante a été contrainte de fermer, le 17 mars 2020, la boutique qu’elle exploitait. Cependant,

contrairement aux situations prévues par la pratique du SECO, elle a attendu le 14 avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO. On ne se retrouve dès lors pas dans le cas de deux employeurs ayant déposé leurs demandes respectives avant

A/1322/2020 - 8/11 - le 31 mars 2020, dont l'un aurait bénéficié de la pratique illégale du SECO alors que l'autre non » (consid. 9c). 7. En l'espèce, l'intimé a octroyé une indemnité en cas de RHT à la recourante dès le 9 avril 2020, soit dès la date de l'envoi de sa demande. En cela, la décision est conforme à la jurisprudence précitée selon laquelle l'indemnité en cas de RHT est octroyée seulement dès la date du dépôt de la demande et non pas de manière rétroactive. b. 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 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'assurance sociale. 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 (Anne-Sylvie DUPONT, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 12 ad art. 39 LPGA). c. Dans le cas présent, l'associé gérant de la société, représentant les intérêts de cette dernière, a, le 25 mars 2020, formé une demande d'APG auprès de la FER- CIAM, qui est un autre assureur au sens de l'art. 39 al. 2 LPGA. On peut certes reprocher à la recourante d'avoir déposé une demande d'APG en lieu et place d'une demande d'indemnités en cas de RHT. Cependant, vu la situation peu claire des administrateurs de sociétés anonymes et des associés de sociétés à responsabilité limitée, s'agissant de leur droit à une indemnisation selon les ordonnances COVID précitées, comme c'est le cas de l'associé gérant de la recourante, il convient d'admettre que la demande d'indemnités APG doit être assimilée à une demande d'indemnités en cas de RHT, formée auprès d'un autre assureur (dans ce sens ATAS/1216/2020 du 15 décembre 2020 consid. 6 ; ATAS/1050/2020 du 29 octobre 2020 consid. 9b). En effet, ce n'est que le 20 mars 2020 que l'indemnité en cas de RHT a été étendue aux personnes fixant les décisions prises par l'employeur, alors que tel n'était pas le cas auparavant, en particulier entre le 17 et le 20 mars 2020, les administrateurs de société n'ayant en principe pas droit à de telles prestations. En déposant sa demande auprès de la FER- CIAM, il convient d'admettre que la recourante entendait en réalité obtenir toute indemnité prévue selon les ordonnances COVID, que ce soit une indemnité APG ou une indemnité en cas de RHT (dans ce sens ATAS/1050/2020 précité consid. 9b).

A/1322/2020 - 9/11 - Cette assimilation de la demande d'APG du 25 mars 2020 à une demande d'indemnités en cas de RHT concerne en l'occurrence uniquement l'associé gérant, puisque cette demande d'APG ne concernait que lui et que rien n'empêchait que d'autres salariés y soient mentionnés. À cet égard, il découle de l'art. 36 al. 2 let. a LACI que le nombre des travailleurs touchés par la RHT, que l'employeur doit indiquer dans le préavis, n'est pas forcément celui des travailleurs occupés dans l'entreprise. En outre, il ressort des art. 17 al. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (loi sur les allocations pour perte de gain,

LAPG - RS 834.1) et 7 de l’ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 que les ayant droit des APG ne sont pas les employeurs, lesquels peuvent seulement faire valoir le droit à l’allocation pour la période durant laquelle ils versent un salaire. Le 25 mars 2020 constitue dès lors le dies a quo du versement des indemnités en cas de RHT concernant l’associé gérant. 8. a. Reste à déterminer si, comme semble le soutenir la recourante, celle-ci a dû fermer en raison de mesures prises par les autorités. En pareille situation, la question se poserait en effet de savoir si elle pourrait se prévaloir, en application du principe d'égalité de traitement, de la directive 2020/06, bien que déclarée illégale (ATAS/510/2020 précité), afin d'obtenir le versement rétroactif des indemnités en cas de RHT dès le 17 mars 2020. b. En l’espèce, la recourante est une société active dans l’acquisition et la gestion de contrats d'assurances et de financements bancaires, ainsi que dans le domaine de la comptabilité, et dispose, selon les allégations de l’associé gérant, d’une agence. Or une telle entreprise ne figure pas parmi les établissements publics contraints à la fermeture, énumérés à l’art. 6 al. 2 ordonnance 2 COVID-19. Au surplus, selon la société, la perte de revenus durant la période litigieuse découlait du souhait des clients de ne plus avoir un contact dans le même lieu, que ce soit chez eux ou dans les locaux de l’agence. Elle ne résultait donc pas directement d’une fermeture imposée par l’art. 6 al. 2 ordonnance 2 COVID-19. Partant, en mars et avril 2020, la recourante n’était pas une entreprise ayant dû fermer en raison des mesures prises par les autorités, au sens de la directive 2020/06, de sorte qu’elle ne peut en tout état de cause pas se prévaloir du principe de l’égalité en raison d’une pratique illégale résultant de l’application de ladite directive afin de réclamer des indemnités en cas de RHT à compter du 17 mars 2020 (dans ce sens ATAS/1266/2020 du 22 décembre 2020 consid. 7 ; ATAS/1050/2020 précité consid. 9b). 9. Vu ce qui précède, le recours sera admis partiellement et la décision sur opposition querellée annulée, en ce sens que la recourante à droit à des indemnités en cas de RHT concernant l’associé gérant depuis le 25 mars 2020. Le recours sera rejeté pour le surplus.

A/1322/2020 - 10/11 - 10. La recourante, qui obtient partiellement gain de cause, n'est pas représentée, de sorte qu'aucune indemnité de dépens ne lui sera accordée (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). 11. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/1322/2020 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.