RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1498/2021 **ATAS/1076/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 octobre 2021

15ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à VERSOIX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Martine STÜCKELBERG	recourants
et	
B_____, sise à SELANGOR, Malaisie, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Martine STÜCKELBERG	
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'employé) est employé, depuis le 16 août 2007, de la société B_____ (ci-après : la société ou l'employeuse) qui a son siège en Malaisie. Cette société exploite un parc touristique avec élevage de crocodiles et fabrique de bracelets de montres et d'articles de maroquinerie en cuir ou dans d'autres matériaux (extrait du registre du commerce de Malaisie). L'employé a été engagé comme représentant commercial de la société en Suisse ; son travail qui consiste à développer la clientèle suisse de la société et à suivre les clients existants (présentations des nouvelles collections aux clients, entretien des contacts et suivis des commandes) se fait presque exclusivement en Suisse. La société n'a pas de locaux commerciaux en Suisse. L'employé rend compte de ses activités à son supérieur hiérarchique qui est en Malaisie et n'a aucun pouvoir de signature pour la société.

b. En raison de la pandémie survenue en mars 2020, l'activité de l'employé s'est brusquement arrêtée, les clients ayant annulé leurs rendez-vous. L'horaire de travail de l'employé de la société en Suisse est passé de 42 heures par semaine à 0 heure en mars et avril 2020.

c. Le 1er avril 2020, l'employé a transmis un premier préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) au nom de son employeuse à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), en sollicitant des indemnités pour compenser la perte de travail de l'unique employé de la société se trouvant en Suisse. Après une décision favorable prononcée le 23 avril 2020, l'OCE est cependant revenu sur sa décision. Il l'a annulée et a nié tout droit à des indemnités pour RHT à l'employeuse qui n'était pas en Suisse. Par décision sur opposition du 20 juillet 2020, l'OCE a confirmé que l'employeuse ne pouvoir pas prétendre à des indemnités pour RHT. Cette décision n'a pas été contestée.

B. a. Le 2 novembre 2020, l'employeuse a transmis un formulaire de préavis de RHT annonçant qu'elle avait réduit l'horaire de travail de son unique employé dès le 1er septembre et jusqu'au 31 décembre 2020. La perte de travail était de 100 %.

b. Par décision du 5 novembre 2020, l'OCE s'est opposé au paiement de l'indemnité pour RHT.

c. Sur opposition, l'OCE a confirmé sa décision le 15 mars 2021. La demande concernait un salarié d'un employeur non tenu de cotiser en Suisse (ci-après : C_____). Or, les salariés travaillant pour des employeurs non tenus de payer des cotisations n'avaient pas droit aux indemnités en cas de RHT.

C. a. Le 3 mai 2021, l'employé et son employeuse ont saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) d'un recours à l'encontre de la décision précitée, concluant à son annulation et à l'octroi de l'indemnité en cas de RHT du 1er novembre 2020 au 30 avril 2021. L'employé était assuré à l'assurance-chômage suisse et payait des cotisations, de sorte qu'il avait droit à des indemnités pour RHT. Il avait connu une perte de travail de novembre 2020 à

mars 2021, son horaire initial de 42 heures par semaine ayant été réduit à « une fourchette de 19 à 27 heures » par semaine, compte tenu de la pandémie et des mesures prises par les autorités. La perte de travail était temporaire et l'employé n'avait pas été licencié. L'employé n'avait aucun pouvoir de décision dans la société qui l'employait et son temps de travail était contrôlable par les décomptes qu'il établissait à l'adresse de son employeuse. Toutes les conditions étaient ainsi remplies. Selon les recourants, 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) n'excluait pas du droit aux indemnités pour RHT, les salariés ayant des employeurs à l'étranger. Le Bulletin LACI ne prévoyait pas d'exclusion des salariés C_____. L'autorité cantonale était celle du domicile de l'employé, lequel travaillait de son domicile à Versoix. Les autorités genevoises étaient ainsi compétentes. Dans le cadre des allocations familiales, la caisse compétente pour les C_____ était celle du canton de domicile en Suisse de ces derniers ou à défaut celle du lieu de l'exercice de l'activité lucrative. Les recourants invoquaient en outre le principe de la bonne foi en indiquant que compte tenu du paiement des cotisations, l'employé était en droit de s'attendre à des indemnités pour RHT comme il aurait eu droit à des allocations familiales si cela avait été sollicité. Rien ne justifiait l'inégalité de traitement entre le droit à des allocations familiales et le droit à des indemnités pour RHT.

À l'appui du recours, une attestation de la caisse du 20 mars 2020 a été produite pour démontrer que l'employé était dûment affilié auprès de la caisse en tant qu'assuré salarié d'un employeur non tenu de cotiser.

b. Le 28 mai 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Les recourants ont persisté dans leurs conclusions par écriture du 18 juin 2021 en indiquant que l'employé avait un contrat de travail à plein temps et n'était partant pas indépendant. L'employeuse, une société commerciale de production en contact direct avec le marché économique qui encoure les risques d'exploitation, avait demandé des indemnités pour RHT pour son employé suisse.

d. Après la transmission de cette dernière prise de position à l'OCE, 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. 3.1 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).

   3.2 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 salaires 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 réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a).

   3.3 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.

4. Pour lutter contre le COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes en édictant l'ordonnance 2 COVID-19 le 13 mars 2020 qui interdisait les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément cent personnes (art. 6 al. 1) et qui limitait l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à cinquante personnes (art. 6 al. 2).

   Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié cette ordonnance en interdisant toutes les manifestations publiques ou privées et en ordonnant la fermeture des magasins, des marchés, des restaurants, des bars, des discothèques, des boîtes de nuit et des salons érotiques (art. 6 al. 1 et 2). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

   Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, avec une entrée en vigueur rétroactive au 17 mars 2020, qui prévoyait notamment que dès cette date plus aucun délai d'attente ne devait être

déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et que l'employeur pouvait 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), avec notamment l'introduction d'un nouvel art. 8b qui prévoit que l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de réduction de l'horaire de travail peut également être communiqué par téléphone et l'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

Le Conseil fédéral a modifié l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée et de ses modifications le 9 avril 2020 (RO 2020 1201) prévoyant qu'elles entraient en vigueur avec effet rétroactif au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), avec effet jusqu'au 31 août 2020 (art. 9 al. 2).

L'art. 8b de l'ordonnance a été abrogé avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 1777).

Les art. 3 et 6 de l'ordonnance ont été abrogés avec effet au 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

5. 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.

6. Selon l'art. 6 al. 1 LAVS, les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations versent des cotisations de 8,7 % sur leur salaire déterminant.

7. À teneur de l'art. 64 al. 2 LAVS, sont affiliés aux caisses de compensation cantonales les assurés qui sont employés ou ouvriers d'un employeur non soumis à l'obligation de payer des cotisations.

8. Dans un arrêt rendu en matière d'indemnités en cas de RHT, le Tribunal fédéral a relevé que si l'État d'emploi n'était pas la Suisse, les employés ne pouvaient pas prétendre aux indemnités de chômage partiel selon le droit suisse, quel que soit leur

lieu de domicile (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_780/2020 du 15 avril 2021 consid. 5.1).

Le Tribunal fédéral a relevé que le fait pour un employé de travailler en Suisse et d'être affilié au système d'assurances sociales suisse ne suffisait pas à lui ouvrir le droit aux prestations de chômage partiel. L'entreprise devait notamment démontrer une perte minimale d'heures de travail sur l'ensemble de l'entreprise ou dans l'un de ses départements pour que la Suisse soit considérée comme le pays d'emploi. Or, un employé en Suisse ne représentait pas à lui seul une structure opérationnelle permanente de l'entreprise en Suisse, si bien que la Suisse ne pouvait être considérée comme le pays d'emploi (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_780/2020 du 15 avril 2021 consid. 5.2).

9. Dans la décision entreprise, l'intimé a nié le droit aux indemnités en cas de RHT au motif que le recourant avait le statut de salarié d'une entreprise non soumise à cotisations. Quand bien même il était tenu de cotiser en Suisse, il n'avait pas droit aux indemnités en cas de RHT dès lors que l'entreprise de son employeur n'avait pas de siège en Suisse.

10. En l'occurrence, il n'est pas contesté que le recourant est affilié auprès de la caisse genevoise de compensation en qualité d'assuré salarié d'un employeur non tenu de cotiser depuis le 1er novembre 2007. Cela résulte de l'attestation de la caisse genevoise de compensation du 20 mars 2020, sur laquelle se fonde le recourant pour prétendre à l'octroi d'indemnités en cas de RHT.

    L'employeuse a quant à elle son siège en Malaisie, de sorte que la Suisse ne saurait être reconnue comme le pays d'emploi.

    Le fait que le recourant est affilié à l'assurance-chômage suisse est sans pertinence au vu de la jurisprudence.

    En outre, le recourant est le seul employé qui travaille en Suisse pour l'employeur étranger qui n'a pas d'infrastructure en Suisse. Or, il ne saurait représenter à lui seul une structure opérationnelle permanente de l'entreprise en Suisse.

    Sous cet angle également, la Suisse ne peut pas être considérée comme le pays d'emploi.

    L'employeuse n'a dès lors pas droit aux indemnités en cas de RHT.

11. 11.1 Les recourants invoquent le principe de la bonne foi et la violation de l'égalité de traitement.

    11.2 Le principe de la bonne foi découle directement de la Constitution fédérale (art. 9) et vaut pour l'ensemble de l'activité étatique ; il protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après une décision, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 636 consid. 6.1 ; ATF 129 I 170 consid. 4.1 ; ATF 128 II 125 consid. 10b/aa et les références).

Ainsi les renseignements ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que : (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences, (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, (d) qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 V 480 consid. 5 ; ATF 131 II 636 consid. 6.1 ; ATF 129 I 170 consid. 4.1, ; ATF 122 II 123 consid. 3b/cc et les références).

11.3 En l'espèce, l'employé et son employeuse n'allèguent pas avoir reçu de l'autorité, dans un cas particulier, une assurance au sujet de leur droit à des indemnités pour RHT ni qu'ils auraient pris des dispositions en se fondant sur l'assurance donnée.

11.4 L'on ne constate par ailleurs pas d'inégalité de traitement entre celui qui prétend à des indemnités pour RHT et celui qui sollicite des allocations familiales dans la mesure où il s'agit de prestations sociales visant des buts distincts (compenser la perte d'emploi et compenser partiellement la charge financière représentée par un ou plusieurs enfants), fondées sur des bases légales différentes qui ne prévoient pas les mêmes conditions pour y prétendre.

Les griefs des recourants ne sont pas fondés.

Il en résulte que c'est à juste titre que l'intimé a nié le droit de l'employeuse à des indemnités pour RHT.

12. Le recours doit en conséquence être rejeté.

13. Les recourants succombant, il n'y a pas lieu de leur octroyer des dépens.

14. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version applicable jusqu'au 31 décembre 2020).

* * * * * *

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
Marie NIERMARÉCHAL	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