RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2091/2022 **ATAS/234/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 3 avril 2023

1ère Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sis c/o Madame B_____, à CAROUGE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Stéphanie FONTANET	recourant

contre

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

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société A_____ Sàrl (ci-après : A_____ ou la société) a été inscrite le 16 mai 2013 au registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC).

Elle a pour but la fourniture de services d'aide et d'assistance, à domicile ou à l'extérieur, pour les enfants et les adolescents, l'organisation et l'animation d'évènements les concernant, tels que fêtes, anniversaires et baptêmes notamment, et a pour associée gérante Madame B_____.

b. A_____ indique compter six employés, dont Mme B_____, au bénéfice de contrats de travail de durée indéterminée.

c. Les clients de la société concluent avec elle des contrats de mandat ou des contrats mixtes selon le type de service concerné.

B. **a.** Le 1er septembre 2021, A_____ a déposé une demande auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), rattaché au département de l'économie et de l'emploi, afin d'obtenir des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) à hauteur de 70 % pour cinq de ses employés, pour la période du 1er septembre 2021 au 30 avril 2022, demande complétée le 24 septembre 2021.

Elle a fait valoir que la société « survivait » principalement en travaillant dans la garde d'enfants. Or, tous ses clients étant en télétravail, ils s'organisaient pour la garde de leurs enfants. La société gardait ses employés, qui avaient fait preuve de responsabilité et de rigueur et dont le savoir-faire était primordial, en attendant que ses clients puissent reprendre leurs activités dans les plus brefs délais.

Elle avait essayé de chercher à éviter la réduction de l'horaire de travail en étendant ses prestations de service au ménage et autres tâches ménagères mais se heurtait à la concurrence.

b. Par décision du 1er octobre 2021, l'OCE a rejeté cette requête d'indemnités, au motif que l'activité exercée par la société était illégale dans la mesure où elle était soumise à autorisation en vertu de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11), autorisation dont A_____ n'était pas titulaire.

c. La société a formé opposition auprès de l'OCE contre cette décision le 1er novembre 2021, contestant déployer une activité devant être qualifiée de « location de services » et qu'elle l'exercerait de manière illégale, à défaut d'autorisation au sens de la LES. Elle considérait qu'elle remplissait toutes les conditions pour l'octroi d'indemnités dues en raison de la réduction de l'horaire de travail de ses employés.

d. Statuant sur opposition le 24 mai 2022, l'OCE a considéré que la question de savoir si l'employeur exerçait une activité soumise à autorisation de pratiquer le placement privé et/ou la location de services pouvait rester indécise puisque la

RHT ne pouvait pas être accordée pour un autre motif. La perte de travail n'avait en effet pas été rendue vraisemblable puisqu'en septembre 2021, le télétravail n'était plus obligatoire, qu'il n'y avait plus de restriction concernant son activité spécifique, que les chiffres d'affaires communiqués étaient « étonnamment » identiques chaque mois, de mars à décembre 2020, puis en 2021, mais inférieurs à ceux de 2020, ce qui ne permettait pas de se prononcer sur l'étendue de son activité et encore moins sur une éventuelle perte de travail. Par ailleurs, le fait qu'il ait bénéficié de la RHT du 20 mars au 31 août 2020, puis du 10 mars au 9 septembre 2021, ne signifiait pas que cette mesure doive lui être à nouveau accordée, la situation sanitaire ayant notamment évolué. En outre, l'employeur n'avait pas pris toutes les mesures pour diminuer le dommage, n'ayant pas démontré avoir essayé de prospecter de nouveaux marchés nonobstant son vaste but inscrit au RC, mais au contraire avait augmenté son effectif, de cinq à six employés. Aucune perte de travail ne pouvait être alléguée puisque, durant le COVID-19, les personnes en télétravail avaient toujours eu besoin de faire garder leurs enfants par des tiers et que les conséquences du COVID-19 au niveau scolaire impliquaient notamment que de nombreux enfants et adolescents avaient eu besoin de soutien supplémentaire. Pour le surplus, la mesure n'aurait pas pu être octroyée avant le 10 septembre 2021, l'employeur étant au bénéfice de la RHT jusqu'au 9.

C. **a.** Le 12 octobre 2021, l'OCE a imparti un délai à la société pour décrire ses activités, afin qu'il puisse déterminer si elle était soumise à la LSE, ce qu'elle a fait par courrier du 12 novembre 2021, complété le 20 décembre 2021.

b. Le 15 février 2022, l'OCE a informé A_____ que, compte tenu des explications données et de l'avis du SECO le 21 janvier 2022, il considérait que l'activité de la société consistait en de la location de services, raison pour laquelle il lui transmettait de la documentation à ce sujet et l'invitait à déposer une demande d'autorisation.

c. Le recours formé auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette communication a été déclaré irrecevable le 7 juin 2022, celle-ci ne constituant pas une décision attaquable au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

d. Par décision du 31 août 2022, l'OCE a prononcé l'assujettissement de A_____ à la LSE dans le cadre de son activité de mise à disposition de personnel dans le domaine d'aide et d'assistance à domicile pour les enfants et les adolescents et l'a enjointe, sous la menace de l'art. 292 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), à lui faire parvenir un dossier complet de demande d'autorisation dans le délai imparti ou de cesser toute activité, à défaut de quoi les peines prévues notamment à l'art. 39 LSE seraient prononcées.

e. A_____ a formé recours contre cette décision par acte du 3 octobre 2022.

f. Par ATA/228/2023 du 7 mars 2023, la chambre administrative a rejeté le recours, considérant A_____ comme une bailleresse de services et ses clients comme des locataires de services. C'était donc conformément au droit que l'OCE l'avait assujettie à la LSE, considérant qu'une part de l'activité de la recourante – en l'occurrence la garde d'enfants et les activités ménagères - était soumise à autorisation au sens de la LSE.

D. **a.** Par acte du 24 juin 2022, A_____ a formé recours contre la décision sur opposition de l'OCE du 24 mai 2022, concluant, principalement, à l'annulation de la décision et à lui accorder les indemnités RHT pour la période du 1er septembre 2021 au 30 avril 2022 pour cinq employés à un taux de 70 %, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'OCE pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Durant la période COVID-19, elle avait toujours employé six personnes. Durant le confinement général, elle n'avait pas pu travailler du tout et seuls les « contrats forfaits » avaient été maintenus, générant une rentrée d'argent, sans contreprestation, et elle n'avait reçu aucune nouvelle demande de contrat. Le télétravail généralisé avait fortement impacté ses activités, qui ne pouvaient par définition être exercées par visioconférence, et une partie de sa clientèle avait décidé de ne pas renouveler les « contrats forfaits », pour des motifs financiers et des questions d'opportunité, les parents s'occupant au demeurant eux-mêmes de leurs enfants, également en lien avec les craintes autour de la maladie. De nombreux clients, de même que ses employés, étaient tombés malades et étaient soumis à la quarantaine et à l'interdiction de contacts. Elle n'avait pas eu de nouveaux contrats en 2021, ses seuls revenus provenant de mensualités liées aux « contrats forfait », ce qui expliquait pourquoi les chiffres d'affaires étaient semblables sur plusieurs mois.

La décision se fondait sur des postulats erronés – augmentation du nombre d'employés, absence de limitation du dommage à l'assurance et impact limité sur ses activités -, sans instruire complètement le dossier, de sorte que la recourante demandait à être entendue oralement.

Elle a fait valoir une violation de son droit d'être entendue, l'intimé ayant refusé la RHT pour d'autres motifs que ceux liés à la question de la soumission de son activité à autorisation de pratiquer le placement privé et/ou la location de services, alors qu'elle ne s'était exprimée que sur cette question qui avait fondé la décision du 1er octobre 2021 à laquelle elle s'était opposée. Elle n'avait donc pas pu faire valoir son point de vue de manière efficace.

Les conditions des art. 31ss 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) étaient par ailleurs réalisées. La situation sanitaire était encore très instable en septembre 2021 et les mesures n'étaient pas encore toutes levées, avec une incitation au maintien du télétravail. Par ailleurs, chacun cherchait à

dépenser le moins possible. Ses chiffres d'affaires en 2021 étaient inférieurs à ceux de 2020, certains clients au bénéfice de contrats à forfait ne les ayant pas renouvelés et la recourante ne percevant plus que les mensualités de ceux maintenus. Les services qu'elle offrait impliquaient des contacts humains, que ses clients évitaient, lorsqu'ils n'étaient pas eux-mêmes malades. Elle n'avait pas non plus pu participer à des rassemblements durant lesquels elle aurait pu prospecter de nouveaux clients, puisque ces évènements étaient prohibés. Le nombre de ses collaborateurs n'avait pour le reste pas évolué. Enfin, ces derniers n'étaient pas des éducateurs et ne pouvaient apporter d'appui scolaire aux enfants et adolescents en difficultés du fait des conséquences du confinement sur leur formation.

b. Le 19 juillet 2022, l'OCE a conclu au rejet du recours, la recourante n'apportant aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée.

c. Le 12 août 2022, la recourante a indiqué ne pas avoir d'observation complémentaire à formuler ni de pièce supplémentaire à produire.

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 (ci-après : la chambre de céans) 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. Le litige porte principalement sur le droit de la recourante à l'octroi d'indemnités en cas de RHT du 1er septembre 2021 au 30 avril 2022.

3. La recourante se plaint en premier lieu d'une violation de son droit d'être entendue. Ce grief, de nature formelle, doit être examiné en premier lieu (ATF 144 I 11 consid. 5.3).

3.1 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les arrêts cités). Le droit d'être

entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui lèsent sa situation juridique (arrêt du Tribunal fédéral 4A_364/2015 du 13 avril 2016 consid. 2.2, non publié in ATF 142 III 355 ; ATF 126 I 15 consid. 2a/aa et les arrêts cités). Le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision soit prise s'applique sans restriction pour les questions de fait.

Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les arrêts cités).

3.2 En l'espèce, la recourante a pu faire valoir ses arguments dans son opposition de sorte que son droit d'être entendue a été respecté. Une éventuelle violation de son droit d'être entendue aurait de toute manière été réparée puisque la recourante a eu la possibilité de faire valoir tous ses moyens devant la chambre de céans, qui jouit d'un plein pouvoir d'examen. Pour le surplus, il sera relevé qu'il appartenait à la recourante de faire valoir l'ensemble de ses moyens et de démontrer la réalisation des conditions d'octroi de l'indemnité RHT, d'autant plus qu'elle était déjà représentée par un avocat lors du traitement de son opposition.

Le grief de la recourante sera donc écarté.

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).

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 salaire dues à des RHT 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 RHT (ATF 121 V 371 consid. 3a).

Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs, dont la durée normale de travail est réduite ou l'activité suspendue, ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque :

- ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a) ;

- la perte de travail doit être prise en considération (let. b) ;

- le congé n'a pas été donné (let. c) ;

- la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

Aux termes de l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b). En revanche, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI).

Les deux conditions de l'art. 32 al. 1 let. a LACI (perte de travail due à des facteurs économiques et inévitables) sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a).

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 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 al. 4 OACI précise que 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.

4.3 En raison de la propagation de la COVID-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière » au sens de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; LEP - RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573) puis l'Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du

13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RS 818.101.24) qui ordonnait notamment la mise en place des mesures visant à restreindre l'entrée en Suisse de personnes en provenance de pays ou de régions à risque (art. 2 al. 1 let. a). Le Secrétariat d'État aux migrations tient à jour une liste des pays et régions considérés à risque. En réaction aux mesures prises par les États et à l'évolution de l'épidémie, les compagnies aériennes ont annulé tout ou partie de leurs vols internationaux.

S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, 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), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1).

4.4 A teneur des ordonnances COVID-19 situation particulière, dans leurs versions successivement en vigueur pour la période concernée (1er septembre 2021 au 30 avril 2022), le télétravail n'était plus obligatoire, mais recommandé depuis le 26 juin 2021, voire fortement recommandé depuis le 6 décembre 2021, de même que dès le 3 février 2022. Depuis le 20 décembre 2021, le télétravail était à nouveau obligatoire, mais avec le bémol que lorsque les personnes devaient travailler sur site, le port du masque était obligatoire dans tous les locaux partagés accueillant plus d'une personne (cf. récapitulation de la modification des mesures nationales visant à endiguer le coronavirus en Suisse depuis décembre 2020, établi par l'OFSP, et ATAS/764/2022 du 2 septembre 2022 consid. 2.1).

4.5 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 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a).

4.6 Dans la décision entreprise, l'intimé s'est opposé au paiement de l'indemnité en cas de RHT au motif que la perte de travail, en plus de ne pas être avérée, n'était pas inévitable. Durant la période litigieuse, le télétravail n'était plus obligatoire et il n'y avait plus de restrictions concernant son activité spécifique. Les chiffres d'affaires communiqués ne permettaient ni de se prononcer sur l'étendue de son activité ni sur une éventuelle perte de travail. Enfin, les parents conservaient le besoin de faire garder leur enfant, malgré et du fait du télétravail, et les enfants et adolescents avaient besoin de soutien scolaire, domaine dans lequel la recourante aurait pu prospecter.

En l'occurrence, force est d'admettre, avec l'intimé, que l'existence d'une perte de travail n'est pas établie. La recourante n'articule en effet ni ne démontre aucun chiffre d'affaires s'agissant de la période pour laquelle elle demande l'indemnité en cas de RHT, les derniers chiffres énoncés, ressortant des documents complémentaires qu'elle a produits à l'appui de sa requête (pièce 5 recourante), se limitant à indiquer des chiffres d'affaires mensuels de janvier 2019 à août 2021. Elle n'a produit aucune nouvelle pièce tendant à démontrer son allégation dans son recours, alors même que l'absence de perte de travail était l'un des arguments principaux du refus de l'indemnité.

Elle ne démontre pas non plus avoir concrètement cherché à diminuer son éventuel dommage en étendant ses prestations, comme elle se le proposait dans sa requête. Par ailleurs, la simple lecture des documents remis par la recourante à l'intimée permet de constater que le nombre de ses employées a effectivement évolué de cinq à six depuis sa première demande d'indemnité en cas de RHT.

En outre, comme relevé par l'intimé, depuis le 8 septembre 2021, le télétravail n'était plus obligatoire et l'accès aux lieux de culture, installations de sport et de loisirs n'était pas limité pour les enfants de moins de 16 ans, les autres personnes devant être munies d'un certificat COVID-19 valide. Dans ces circonstances, il n'apparait pas que la recourante n'ait pas eu la possibilité d'exercer son activité, que ce soit sous l'angle de la garde d'enfants, que sous celui de l'organisation d'évènements les concernant, dans le respect des restrictions alors en vigueur.

Il convient donc de retenir que l'existence d'une perte de travail n'est pas établie au degré de la vraisemblance prépondérante requise en assurances sociales.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version en vigueur, applicable en l'occurrence, au 31 décembre 2020, en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

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
Stefanie FELLER	Fabienne MICHON RIEBEN

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le