RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2246/2020 **ATAS/955/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 septembre 2021

9ème Chambre

En la cause

A_____, sise _____, à GENÈVE	recourante

contre

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

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. A_____ (ci-après : l'association) est une association sans but lucratif, avec siège à Genève, ayant pour but de promouvoir et renforcer l'Examen Périodique Universel du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies par tous les moyens qu'elle juge nécessaire (art. 3 de ses statuts). Elle poursuit cette mission notamment par l'organisation de formations sur les droits de l'hommes, de réunions entre la société civile et les missions permanentes et de rencontres avec les États afin de leur fournir une expertise technique.

b. Les ressources de l'association proviennent de legs, dons, donations, actions, subventions privées et subventions publiques (art. 4 al. 1).

B. a. Par courriel du 25 mai 2020, l'association a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), signé du même jour, annonçant une perte de travail de 50 % pour toute l'entreprise, soit onze employés, du 1er juin 2020 au 31 août 2020.

b. Le 2 juin 2020, l'association a transmis à l'OCE ses statuts, comptes de pertes et profits 2018 et 2019, l'organigramme de l'organisation et un contrat type de l'association. En réponses aux questions de l'OCE, l'association a précisé qu'elle bénéficiait de financements liés à la réalisation de ses programmes de la part de la Confédération, du canton et de la Ville de Genève. Elle n'était cependant pas subventionnée par des aides étatiques. À ce jour, l'association ne pouvait être considérée comme étant en faillite même si sa situation financière était critique. Si l'organisation reçoit en tout ou en partie les financements demandés, elle pourrait poursuivre la mise en œuvre de ses programmes. À défaut, elle devrait réduire des temps de travail ou supprimer des postes. Si l'organisation bénéficiait des mesures de soutien RHT, elle pourrait maintenir un taux d'activité minimum lui permettant de réaliser sa mission de promotion des droits humains en temps de crise et poursuivre ses activités avec une équipe engagée dès que sa situation financière s'améliorera. Sur la base des financements reçus à ce jour, l'association devrait réduire ou supprimer des postes, ce qui mettrait en danger la mission de l'organisation. Les activités de l'organisation consistant en la facilitation de formation tant à Genève qu'à l'étranger ne pouvaient être réalisées depuis le début du confinement. Cette suspension d'activités se poursuivait en raison des restrictions sanitaires et liées aux déplacements à l'étranger. L'association avait mis en place des solutions de formation à distance.

c. Par décision du 3 juin 2020, l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT. La très grande majorité des recettes de l'association provenaient d'États ou d'administrations comme la Ville de Genève, de sorte qu'elle n'assumait pas de risque entrepreneurial ou de risque de faillite, si bien que les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou même les pertes résultant de l'activité de l'entreprise étaient couvertes en majorité par des moyens publics. Les conditions du droit à l'indemnité n'étaient dès lors pas réunies.

d. Le 12 juin 2020, l'association a formé opposition contre cette décision. L'association était une organisation reconnue d'utilité publique mais elle n'était pas une entreprise de droit public. Les fonds qu'elle recevait de la Ville de Genève ainsi que des ministères des affaires étrangères de différents pays étaient alloués pour la réalisation de projets spécifiques. Ils couvraient les salaires, les frais de fonctionnement et les coûts liés à la réalisation des activités convenues. Les problèmes de liquidités, dépenses supplémentaires ou pertes n'étaient pas couverts par des moyens publics. L'absence de contributions par des donateurs entraînait un risque entrepreneurial pour l'organisation.

e. Par décision sur opposition du 2 juillet 2020, l'OCE a confirmé sa décision du 3 juin 2020. L'association ne produisait pas de biens ou n'offrait pas des services qui étaient en contact avec le marché. Elle n'encourait en conséquence aucun risque entrepreneurial. La majeure partie de ses recettes provenaient d'États et d'administrations. Elle n'encourait ainsi pas le même risque que les entreprises actives sur le marché, dont les recettes provenaient du fruit de ses activités.

C. a. Par acte du 27 juillet 2020, l'association a formé recours contre cette décision par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), concluant à l'octroi d'indemnités en cas de RHT. Si une indemnité en cas de RHT n'était pas accordée à l'association, elle se verrait contrainte de supprimer des emplois. Elle ne disposait pas de fonds propres suffisants et ne bénéficiait pas de subventions étatiques garantissant le paiement du salaire de ses employés. C'était à tort que l'OCE avait retenu que l'association n'assumait pas de risque entrepreneurial. Contrairement à ce qu'il soutenait, l'association fournissait des services (formations, conseils) et était actrice du marché économique en fournissant des emplois et en rémunérant ses prestataires (loyers, services de conférences, interprètes, hôtels, agences de voyages, taxes aéroportuaires) contribuant à l'économie locale et à la Genève internationale. Par ailleurs, la décision consacrait une inégalité de traitement car l'OCE avait accordé des indemnités en cas de RHT à des organisations non gouvernementales basées à Genève et effectuant une activité au moyen de sources de financement semblables à celles de l'association.

À l'appui de son recours, l'association a produit, à titre d'exemple, trois accords de subvention conclus avec des organismes pour la réalisation des projets de promotion des droits de l'homme (soit l'Organisation internationale de la Francophonie, la Norvège et le Canton de Genève). Il ressort notamment de ces documents que l'association doit utiliser le montant de la subvention aux seules fins du protocole et que la part des fonds non utilisée pour la réalisation des projets convenus doit être rétrocédée en fin d'exercice.

Ce recours a été enregistré sous le numéro de cause A/2246/2020.

b. Par réponse du 4 août 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Par réplique du 26 août 2020, l'association a persisté dans ses conclusions. Se référant à une prise de position du Conseil fédéral (réponse du Conseil fédéral du

19 août 2020 à la question posée par B_____ relative à l'indemnisation en cas de RHT pour les ONG, 20.1006), l'association a relevé que si les ONG subissaient une perte de travail, elles avaient généralement droit à une compensation dès lors qu'elles pouvaient être confrontées à des risques de licenciement. Or, c'était bien le cas de l'association qui avait dû se séparer d'un membre de son équipe et réduire le salaire de sa directrice. Pour le reste, l'association a repris en substance la motivation contenue dans son recours.

d. Par duplique du 22 septembre 2020, l'OCE a persisté dans ses conclusions, étant rappelé que 80 % des revenus de l'association provenaient de subventions étatiques, de sorte que ses pertes étaient couvertes par des moyens publics et non par les revenus générés par son activité. De plus, au vu du but de l'association, soit l'amélioration des droits de l'homme par la promotion d'actions de sensibilisation, son activité n'était clairement pas en lien avec un marché économique. C'était par conséquent à juste titre que l'OCE avait refusé la demande d'indemnités en cas de RHT de l'association. Enfin, il a rappelé que si l'OCE avait, à tort, octroyé des indemnités à une autre ONG, une telle décision ne saurait avoir d'incidences sur le bien-fondé ou non de la décision querellée, dès lors qu'il ne saurait y avoir d'égalité dans l'illégalité.

e. Le 2 octobre 2020, l'association a produit une liste non exhaustive des ONG ayant reçu des indemnités en cas de RHT.

f. Le 20 octobre 2020, l'OCE a relevé que les situations des ONG ayant reçu des indemnités étaient très différentes de celle de l'association, notamment en matière de subventions, étant précisé que les recettes de l'association étaient composées à plus de 80 % de subventions. Il allait de soi que des situations différentes soient traitées de manière différente.

g. Le 23 novembre 2020, la chambre de céans a tenu une audience de comparution personnelle, lors de laquelle la représentante de l'association a relevé que le maintien de son activité durant la pandémie était très important compte tenu de la situation des droits humains qui était particulièrement mise à mal durant cette période (violences policières, traitements inhumains à l'égard des femmes et des enfants…). En début 2020, l'association avait constaté un retard dans les réponses des donateurs concernant les budgets octroyés. Constatant dès les mois de mars 2020 que certaines activités ne pourraient pas être pleinement réalisées, l'association avait anticipé afin de ne pas être confrontée à l'obligation de restituer des montants reçus mais non justifiés par des activités effectives. Il n'était pas possible de faire supporter à des donateurs des salaires ne correspondant pas à une activité effective. Les financements reçus par les collectivités publiques étaient destinés, contractuellement, à la fourniture de prestations, sous forme de séminaires de formation, d'organisation de conférences en Suisse ou à l'étranger, d'organisations de plateformes plaidoyers en présentiel et la fourniture de conseils.

La représentante de l'OCE a rappelé que l'institution de la RHT impliquait une perte de travail par rapport à des entreprises finançant leur activité par le produit de leurs propres activités, services ou biens. Or, l'association ne se trouvait pas dans ce cas de figure.

h. Le 27 novembre 2020, l'OCE a relevé qu'il avait accordé des indemnités en cas de RHT à cinq ONG sans procéder à une instruction particulière sur leur mode de financement, de sorte qu'il était possible que la RHT leur ait été accordée à tort. En revanche, des indemnités avaient été accordées à l'une des ONG, qui exploitait un restaurant ainsi que des salles de banquets, de sorte qu'elle retirait un revenu propre d'une activité économique, justifiant l'octroi de RHT. Enfin, deux autres ONG avaient déclaré percevoir des subventions à hauteur de 50 %, de sorte qu'il avait été retenu qu'elles retiraient un revenu propre de leurs activités.

i. Le 24 décembre 2020, l'association a persisté dans ses conclusions.

j. Par pli du 8 juillet 2021, la chambre de céans a invité l'association à lui transmettre le bilan et compte de résultat pour l'année 2020 ainsi que les mouvements de fonds affectés de l'exercice 2020 et lui a posé des questions complémentaires.

k. Le 14 août 2021, l'association a produit les pièces sollicitées par la chambre de céans. Répondant aux questions complémentaires, elle a relevé qu'afin d'éviter de rembourser des fonds aux donateurs, l'association avait négocié des reports d'activités en 2021. Elle a précisé que sans ses engagements sociaux et contractuels, la survie et la crédibilité de l'organisation aurait été mise en péril en 2020.

Il ressort de ces pièces, en particulier du "Mouvement des fonds affectés de l'exercice 2020" (pièce B) qu'en 2020 l'association a perçu des fonds à hauteur de CHF 1'215'591.80, dont CHF 275'252.80 ont été reportés à 2021. En 2019, le montant total des fonds perçus s'élevait à CHF 1'081'398.85, dont CHF 70'453.48 avaient été reportés à 2021 (pièce 10).

La chambre de céans a transmis ces pièces à l'OCE.

D. a. Parallèlement, par courriel du 28 août 2020, l'association a transmis à l'OCE un formulaire de préavis de RHT, signé du même jour, annonçant une perte de travail de 50 % pour toute l'entreprise, soit six employés concernés, du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020.

b. Par décision du 31 août 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT, au motif que le risque immédiat de disparition d'emplois concernait uniquement les entreprises qui finançaient la fourniture de prestations exclusivement avec des revenus perçus ou avec des fonds privés.

c. Le 25 septembre 2020, l'association a formé opposition contre cette décision. L'association était une association de droit privé. Elle recevait à ce titre des financements sur une base contractuelle afin de fournir des services déterminés. Ces financements étaient les revenus de l'organisation. Un défaut de paiement des

contributions par des donateurs ou l'incapacité de conduire des activités entraînaient un risque entrepreneurial pour l'organisation. Par ailleurs, les accords de financement signés avec les donateurs exigeaient que l'organisation rembourse les fonds non utilisés en cas de non réalisation des activités.

d. Par décision sur opposition du 14 décembre 2020, l'OCE a confirmé sa décision du 31 août 2020, en reprenant en substance la motivation de sa décision sur opposition du 2 juillet 2020 concernant la même organisation.

E. a. Par acte du 21 janvier 2021, l'association a formé recours contre cette décision par-devant la chambre de céans, concluant à l'octroi d'indemnités en cas de RHT. Elle a rappelé qu'elle ne disposait pas de fonds propres suffisants et ne bénéficiait pas de subventions étatiques garantissant le paiement du salaire de ses employés. Le refus de l'indemnité avait déjà entraîné des conséquences négatives pour l'association qui avait été contrainte de licencier une employée, de réduire les salaires et les taux d'activité de ses employés sans garantie de compensation. Pour le reste, l'association a repris en substance l'argumentation de son recours dans la cause A/2246/2020.

Ce recours a été enregistré sous le numéro de cause A/229/2021.

b. Par réponse du 11 février 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours. S'agissant de l'argument relatif à l'égalité de traitement, il ne pouvait que confirmer que des situations différentes avaient pu être traitées de manière différente, et ce dans le respect des dispositions légales et des directives applicables et que si la RHT avait pu être accordée à tort à certaines entreprises, il ne saurait y avoir d'égalité dans l'illégalité.

c. Par réplique du 11 mars 2021, l'association a persisté dans ses conclusions.

d. Par duplique du 29 mars 2021, l'OCE a persisté dans ses conclusions. Le refus d'octroi de la RHT était fondé sur l'absence d'un quelconque revenu propre provenant de son activité, ses projets étant uniquement financés par des subventions (privées ou publiques), des legs, des dons et des donations. L'organisation n'exerçait dès lors pas d'activité économique à proprement parler. Elle n'assumait ainsi pas de risque entrepreneurial et il n'existait pas de risque immédiat et concret de disparition d'emplois.

La chambre de céans a transmis cette écriture à l'association.

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. Interjetés dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu notamment de la suspension des délais pour la période du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 let. c LPGA et art. 89C let. c LPA), les recours sont recevables (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

3. En vertu de l'art. 70 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (al. 1). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (al. 2).

   En l'espèce, au vu de l'identité des parties et de la connexité matérielle des causes, il se justifie de joindre les causes A/2246/2020 et A/229/2021.

4. Le litige porte sur le droit de la recourante à une indemnité en cas de RHT du 1er juin 2020 au 31 août 2020, puis du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020.

5. 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, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et 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. Une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à entraîner une indemnisation. Encore faut-il que cette perte se traduise par une diminution des heures travaillées (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 4 ad art. 32 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], étant précisé que l'art. 50 al. 2 OACI a été supprimé temporairement en raison de la pandémie de coronavirus).

   b. 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 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).

Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). L'art. 32 al. 3 phr. 1 prévoit en outre que pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques où à d'autres circonstances non imputables à l'employeur. L'art. 51 OACI concrétise l'art. 32 al. 3 LACI en énumérant, à son al. 2, de façon non exhaustive (cf. ATF 128 V 305 consid. 4), différentes situations (notamment des mesures d'autorités) permettant de prendre en considération une perte de travail (interdiction d'importer ou d'exporter des matières premières ou des marchandises (let. a) ; contingentement des matières premières ou des produits d'exploitation, y compris les combustibles (let. b) ; restrictions de transport ou fermeture des voies d'accès (let. c) ; interruptions de longue durée ou restrictions notables de l'approvisionnement en énergie (let. d) ; dégâts causés par les forces de la nature (let. e). L'art. 51 al. 4 OACI précise encore que la perte de travail causée par un dommage n'est pas prise en considération tant qu'elle est couverte par une assurance privée.

La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des art. 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, lorsqu'en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, l'une des conditions de l'art. 33 LACI est réalisée, par exemple en présence d'un risque normal d'exploitation, l'indemnisation est exclue (RUBIN, *op. cit.,* n. 18 ad art. 32 LACI et n. 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a).

c. Selon l'Aide-mémoire Pandémie / Coronavirus (assurance chômage) du 28 mars 2020, édictée par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), l'indemnité en cas de RHT a été instituée pour les entreprises qui produisent des biens, offrent des services, qui sont directement en contact avec le marché et assument un risque propre d'exploitation, c'est-à-dire de liquidation en cas de difficultés économiques. La notion d'entreprise n'est pas la même que la notion d'employeur. Or, le simple fait d'être employeur n'est pas suffisant pour pouvoir bénéficier de l'indemnité en cas de RHT. Encore faut-il être une entreprise au contact direct avec un marché économique.

Dans un arrêt du 16 novembre 2020, le Tribunal administratif du canton de Berne, interprétant la notion d'employeur au sens des dispositions, a retenu que le législateur a voulu compenser les pertes de travail qui entraînaient un manque à gagner pour l'employeur qui avait besoin de ce gain notamment pour payer les salaires de ses employés. Le travail du personnel domestique, par exemple, ne visait pas l'obtention d'un tel gain. L'employeur rétribuait ses employés de maison avec d'autres sources de revenus (ou fortune) que le travail qu'ils fournissaient. Ainsi, en matière de personnel de maison, la condition d'une perte de travail due à des facteurs d'ordre économique n'était pas remplie puisque dans ce secteur, aucune fluctuation conjoncturelle ou structurelle impliquant un manque à gagner n'était susceptible de se produire. La condition du cas de rigueur au sens de l'art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI n'était pas non plus remplie car l'employeur n'était pas empêché d'exercer une activité économique et, par conséquent, pas soumis en raison d'une telle entrave, à des risques d'exploitation inhabituels qu'il ne pouvait assumer seul. Il n'était pas exposé à une perte de gain. Le salaire du personnel domestique était payé à partir d'autres sources que le travail qui n'avait pas pu être fourni. Le seul risque encouru par l'employeur était celui de devoir payer le personnel, selon la législation sur le contrat de travail, sans que le travail puisse être effectué (arrêt 200.2020.611.AC du Tribunal administratif du canton de Berne du 16 novembre 2020).

d. Les pertes de travail au sens de l'art. 51 OACI ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (cf. art. 51 al. 1 OACI ; RUBIN, *op. cit*, n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du SECO, état au 1er janvier 2021, C3 et C4).

6. 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.

Ainsi, le 28 février 2020, le gouvernement suisse a adopté, en se fondant sur 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), l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de prévoir des mesures devant permettre de diminuer le risque de transmission du COVID-19 (art. 1), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19).

Par cette nouvelle ordonnance - modifiée à plusieurs reprises depuis son adoption -, le Conseil fédéral a notamment, en date du 17 mars 2020, interdit les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives (art. 6 al. 1), fermé les établissements publics, tels que les magasins et les restaurants (art. 6 al. 2), les inhumations dans le cercle familial restreint étant autorisées (art. 6 al. 3 let. l). Après avoir qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEP, le Conseil fédéral a procédé à des modifications de cette ordonnance, notamment en ordonnant la fermeture des restaurants (art. 6 al. 2 let. b). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Les magasins et marchés ont pu rouvrir dès le 11 mai 2020 (RO 2020 1401).

Dès le 21 mars 2020, les rassemblements de plus de cinq personnes ont été interdits dans les lieux publics (art. 7c al. 1). Dans le cas d'un rassemblement de cinq personnes au plus, celles-ci devaient désormais se tenir à au moins deux mètres les unes des autres (art. 7c al. 2).

À la suite de ces mesures, il y a eu de nombreuses annulations de vols et des restrictions de voyager, de sorte que les clients internationaux ne se sont plus déplacés à Genève et les expositions internationales, congrès et autres événements de masse prévus au printemps 2020 ont été annulés.

7. 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), qui prévoyait, à son art. 8*b* al. 1 que l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis, lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 3569). Quant à l'art. 8*c* de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, il prévoyait qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis devait être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail durait plus de six mois. Cette disposition a été abrogée par modification du 12 août 2020, avec effet au 1er septembre 2020 (RO 3569).

Le 19 mars 2021, l'Assemblée fédérale a adopté l'art. 17*b* 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. 17*b* al. 1 entre en vigueur rétroactivement le 1er septembre 2020 et a effet jusqu'au 31 décembre 2021.

Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi COVID-19 du 17 février 2021 que l'art. 17*b* crée une disposition directement applicable qui, après son entrée en vigueur, n'a pas besoin d'être mise en œuvre dans l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. L'al. 1, 1ère phr., supprime totalement le délai de préavis pour toutes les entreprises. Le début de la réduction de l'horaire de travail pourra être autorisé à partir de la date du préavis pour autant que toutes les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité soient remplies. Par ailleurs, selon l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis doit être renouvelé et la réduction de l'horaire de travail autorisée de nouveau si celle-ci dure plus de trois mois. L'al. 1, 2ème phr., de l'art. 17*b* de la loi COVID-19 prévoit que l'autorisation de réduction de l'horaire de travail émise par l'autorité cantonale sera désormais valable pendant six mois. Autrement dit, l'entreprise ne devra renouveler le préavis que si la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Cette réglementation allègera la charge administrative des entreprises et des organes d'exécution (FF 2021 285, p. 29 ss.).

8. Aucune modification n'a toutefois été apportée aux critères relatifs à la perte de travail à prendre en considération (art. 31 al. 1 let. b et 32 al. 1 et 3 LACI).

9. Le SECO a également adopté plusieurs directives concernant les règles spéciales s'appliquant à la pandémie. Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les instructions de l'administration, en particulier de l'autorité de surveillance, visent à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'éviter, dans la mesure du possible, que les caisses ne rendent des décisions viciées qu'il faudra ensuite annuler ou révoquer et d'établir des critères généraux pour trancher chaque cas d'espèce, cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit, et donnent le point de vue de l'administration sur l'application d'une règle de droit, et non pas une interprétation contraignante de celles-ci (ATF 129 V 200 consid. 3.2). Elles ne constituent pas des normes de droit fédéral 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 141 V 175 consid. 4.1).

a. Dans la directive du 10 mars 2020 (directive 2020/01 sur les règles spéciales en cas de limitation de l'activité des organes d'exécution pour cause de pandémie), le SECO a précisé que, du fait de sa soudaineté, de son ampleur et de sa gravité, une pandémie n'est pas un risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur, au

sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI même si, dans certaines circonstances, elle est susceptible de toucher tout employeur (p. 3 ; cf. Jean-Philippe DUNAND / Rémy WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in NewsletterDroitduTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel, p. 14).

b. Dans la directive 1er juin 2020 (directive 2020/08, remplaçant la directive 2020/06 du 9 avril 2020, et applicable avec effet rétroactif au 1er mars 2020 et jusqu'au 31 août 2020), le SECO a précisé, s'agissant des demandes émanant des fournisseurs de prestations publiques (employeurs publics, administrations, etc.), que le but de l'indemnité en cas de RHT est de préserver les emplois. L'objectif était d'éviter des licenciements à court terme, consécutifs à un recul temporaire de la demande de biens et de services, et la perte de travail qui en résulte (ATF 121 V 362 consid. 3a). De manière générale, ce risque (immédiat) de disparition d'emplois concernait uniquement les entreprises qui finançaient la fourniture de prestations exclusivement avec les revenus ainsi perçus ou avec des fonds privés (p. 6).

c. Dans la directive du 30 octobre 2020 (directive 2020/15, applicable avec effet rétroactif au 1er mars 2020 et jusqu'au 31 décembre 2020), le SECO a apporté des précisions relatives au préavis des organisations n'exerçant pas d'activité économique : en règle générale, les personnes et donc les organisations (quelle que soit leur forme juridique) auprès desquelles elles sont employées n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT s'il n'y a pas des pertes d'heures dues à des raisons économiques et si l'indemnité en cas de RHT ne sert pas à maintenir les places du travail (chiffre 2.6 a, p. 14). Une organisation, par exemple une association ou une coopérative dont le but est le bien-être de ses membres et qui est financée par les cotisations des membres, ne subit aucune perte économique et les emplois ne sont pas menacés. Il n'y a donc pas de droit à l'indemnité en cas de RHT, même si le travail des employés doit être temporairement suspendu en raison de mesures officielles (p. 14). Toutefois, une association qui fournit des services et se finance grâce aux droits qu'elle reçoit en retour (par exemple, le produit des ventes, les droits d'entrée) peut subir des pertes économiques en raison de mesures officielles et des emplois peuvent être menacés. Par conséquent, le droit à l'indemnité en cas de RHT peut être rempli si les autres conditions sont remplies (perte de travail inévitable, qui ne peut être évitée par des mesures économiquement raisonnables, au moins 10 %, temporaire, type de contrat de travail).

Dans le cas des organisations qui représentent un mélange de ces deux cas extrêmes, par exemple celles qui cofinancent la dotation en personnel par le biais de contrats ou de mandats de moindre importance, une pondération des intérêts doit être effectuée au cas par cas (pp. 14-15).

Dans la directive 2021/06 du 19 mars 2021, applicable à partir du 19 mars 2021, le SECO a précisé, s'agissant du préavis des organisations n'exerçant pas d'activité économique, que les conditions donnant droit à l'indemnité en cas de RHT sont fixées à l'art. 31 LACI. On ne peut d'emblée partir du principe que les travailleurs

du service public, d'entreprises parapubliques ou d'associations privées n'ont pas droit à une indemnité en cas de RHT. Le statut de l'employeur (entité de droit public, association, coopérative, fondation, etc.) n'a aucune importance en l'espèce. Le critère déterminant est bien plus le statut du travailleur en matière de cotisations. Il convient donc de vérifier au cas par cas si les conditions visées à l'art. 31 LACI sont remplies et si les travailleurs concernés risquent de perdre leur emploi. Lorsque les tâches au sein d'une entreprise doivent être accomplies indépendamment de la situation économique et que les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou les pertes sont couverts par des moyens publics, il n'existe généralement pas de risque de licenciement immédiat pour les travailleurs concernés. Par conséquent, le droit à l'indemnité en cas de RHT devrait être refusé (directive 2021/06 ch. 2.6a p. 18). Ces principes ont été repris dans la directive 2021/13 du 30 juin 2021, applicable dès le 1er juillet 2021.

10. Dans la décision entreprise, l'intimé a considéré que les conditions du droit au paiement de l'indemnité en cas de RHT n'étaient pas remplies dans le cas de la recourante, au motif que l'intéressée ne produisait aucun bien, ni n'offrait de services en contact avec le marché économique. Par ailleurs, dans la mesure où la majeure partie des recettes de l'association provenait d'États et d'administrations, elle n'encourait aucun risque entrepreneurial.

    Il convient en premier lieu d'examiner si la recourante a subi une perte de travail. En l'occurrence, la recourante est une organisation non gouvernementale ayant pour mission la promotion des droits de l'homme. Elle poursuit cet objectif notamment par l'organisation de formations sur les droits de l'hommes, de réunions entre la société civile et les missions permanentes et de rencontres avec les États afin de leur fournir une expertise technique. Devant la chambre de céans, la recourante a expliqué qu'en raison des mesures sanitaires prises par les autorités, qui ont notamment entraîné la suppression de nombreux vols internationaux, la recourante n'a pas été en mesure de poursuivre ses différentes activités. Tous les déplacements à l'étranger ont dû être annulés et de nombreuses activités prévues dans les différents contrats de prestations ont dû être revues. Cette situation a entraîné un ralentissement des activités de la recourante, ce qui a provoqué une perte de travail. Cette perte de travail est en outre consécutive aux mesures prises par les autorités au sens de l'art. 32 al. 3 LACI.

    La question se pose toutefois de savoir si la recourante est éligible à recevoir l'indemnité en cas de RHT compte tenu de son statut d'organisation n'exerçant pas d'activité économique. L'intimé le conteste, au motif que la recourante ne saurait être considérée comme une entreprise en contact avec le marché.

    En l'occurrence, pour poursuivre sa mission de promotion des droits de l'homme, la recourante perçoit des financements par les collectivités publiques, lesquels sont destinés à la réalisation des projets convenus dans les contrats de subvention. Cela ressort non seulement des explications apportées en audience par la recourante mais également des trois exemples d'accords de subvention produits dans la présente

procédure (cf. accords de subvention conclus avec l'Organisation internationale de francophonie, avec le Service de solidarité internationale du canton de Genève et le Département des affaires étrangères de la Norvège, pièce 4 recourante). L'intéressée s'engage donc à allouer les fonds perçus par les donateurs aux seuls projets convenus dans les contrats de prestations, étant précisé que la part des fonds non utilisée pour la réalisation des projets convenus doit, en principe, être rétrocédée en fin d'exercice (cf. art. 7 de l'accord de subvention conclu avec l'Organisation internationale de francophonie ; art. 3 de la convention conclue avec le Service de solidarité internationale du canton de Genève ; art. 11.1 de l'accord de subvention conclu avec le Département des affaires étrangères de la Norvège ; pièce 4 recourante). En raison de la crise sanitaire, qui a entraîné la suppression des vols et l'annulation de nombreuses activités, la recourante n'a pas été en mesure d'honorer les engagements pris avec ses partenaires contractuels. Afin d'éviter de rembourser les fonds non justifiés par les activités prévues, la recourante s'est vue contrainte de négocier des reports d'activités à 2021. Ainsi, en 2020, des subventions à hauteur de CHF 275'252.80, sur un montant total de CHF 1'215'591.80 perçus dans l'année (soit près de 23 % des subventions reçues), ont été reportées à 2021 (cf. Mouvement des fonds affectés de l'exercice 2019, pièce B recourante, produite à l'appui de l'écriture du 14 août 2021). Or, le montant des subventions faisant l'objet du report d'activité est significativement plus élevé que celui de l'exercice précédent, qui s'élevait à CHF 70'453.48 sur un total de CHF 1'081'398.85 perçus dans l'année (soit 6.5 % des subventions reçues, cf. Mouvement des fonds affectés de l'exercice 2019, pièce 10 recourante). Dans ces conditions, il faut admettre que les pertes de travail ont entraîné un manque à gagner pour la recourante qui avait besoin de ce gain, notamment pour payer le salaire de ses employés. En témoigne le fait que la recourante a été contrainte de licencier l'une de ses employés pour le 31 août 2020 et de réduire les taux d'activité de ses collaborateurs durant une période limitée. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'intimé, la recourante était bien soumise à des risques d'exploitation inhabituels qu'elle ne pouvait assumer seule. Les conditions pour la reconnaissance d'un cas de rigueur, au sens des art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI, dont la liste n'est pas exhaustive, doivent partant être considérées comme étant réalisées.

S'agissant de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, il n'est pas contesté que la pandémie du coronavirus constitue une circonstance exceptionnelle qui dépasse le cadre du risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur.

Reste à examiner si la recourante aurait pu éviter les pertes de travail par des mesures appropriées et économiquement supportables. En l'occurrence, la recourante a expliqué avoir développé une plateforme en ligne, par laquelle des offres de formation et d'assistance technique ont été proposées. Elle a également cherché de nouveaux donateurs et négocié des reports d'activités afin d'éviter de devoir rembourser des fonds. Il n'est pas contesté que de telles mesures ont permis de réduire la perte de travail. On ne voit d'ailleurs pas, et l'intimé ne le précise pas

non plus, quelle mesure la recourante aurait omis de prendre pour éviter la perte de travail. Il convient donc d'admettre qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour diminuer le dommage.

Au vu de ce qui précède, les conditions posées par la loi pour accorder des indemnités en cas de RHT sont réunies. Le droit à l'indemnité en cas de RHT doit être reconnu à la recourante, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.

11. Reste à déterminer depuis quand la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT. Elle a conclu à son octroi du 1er juin 2020 au 31 août 2020 pour onze employés et du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020 pour six employés.

    Dès lors que la recourante a déposé son préavis le 24 mai 2020 pour l'octroi d'indemnités en cas de RHT pour la période du 1er juin 2020 au 31 août 2020, elle a droit à l'indemnité dès le début de la période requise, soit le 1er juin 2020, en application de l'art. 8*b* al. 1 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. Quant à la demande de préavis relative à l'octroi d'indemnités pour la période du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020, elle a été déposée le 28 août 2020, de sorte que les indemnités peuvent être accordées dès la date requise, soit le 14 septembre 2020 (cf. art. 17*b* al. 1 de la loi COVID-19).

12. En conséquence, les recours seront admis, les décisions litigieuses annulées et il sera dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT du 1er juin 2020 au 31 août 2020, puis du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.

    Bien qu'obtenant gain de cause, la recourante, qui n'est pas représentée en justice et qui n'a pas allégué avoir déployé des efforts dépassant la mesure de ce que tout un chacun consacre à la gestion courante de ses affaires, n'a pas droit à des dépens.

    Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA et art. 61 let. fbis *a contrario*, en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Préalablement:

1. Prononce la jonction des causes A/2246/2020 et A/229/2021 sous le numéro de cause A/2246/2020.

À la forme :

2. Déclare les recours recevables.

Au fond :

3. Les admet.
4. Annule les décisions sur opposition des 2 juillet 2020 et 14 décembre 2020.
5. Dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 1er juin 2020 au 31 août 2020 pour onze personnes, puis du 14 septembre 2020 au 13 décembre 2020 pour six personnes, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions conformément à l'art. 39 LACI.
6. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.
7. Dit que la procédure est gratuite.
8. 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	Eleanor McGREGOR

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