RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3426/2020 **ATAS/339/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 avril 2021

4ème Chambre

En la cause

A_____SA, sise _____, à LES ACACIAS recourante

contre

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

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

1. A_____SA (ci-après l'employeuse ou la recourante) exploite un garage (carrosserie, peinture, mécanique, toutes marques, restauration voitures anciennes).

2. Le 20 mars 2020, l'employeuse, soit pour elle son responsable Monsieur B_____, a transmis par courriel à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après RHT) concernant deux travailleurs pour une durée prévisible du 1er mars au 30 juin 2020 avec un taux probable de perte de travail de 100%. Elle précisait exploiter un petit garage composé de deux personnes et avoir été fondée en 2012. Depuis l'annonce de la situation exceptionnelle, son agenda de rendez-vous avait diminué et le travail avait commencé à ralentir.

3. Le 27 mars 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, en acceptant que la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après CCGC) octroie à l'employeuse, pour autant que les autres conditions soient remplies, l'indemnité en cas de RHT du 20 mars au 19 juin 2020.

4. L'employeuse a transmis à l'OCE un préavis de RHT le 12 juin 2020, pour deux personnes, un mécanicien et un réceptionniste mécanicien, pour la période du 22 juin au 30 septembre 2020, faisant valoir que suite au déconfinement, le garage avait de la peine à repartir. Son agenda n'enregistrait pas assez de rendez-vous pour occuper ses employés. La reprise se faisait très lentement. Cette situation allait perdurer le temps que la population soit rassurée et que la reprise se fasse également dans les autres activités.

5. Le 16 juin 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT et dit que la caisse pouvait l'octroyer pour la période du 20 juin au 19 septembre 2020.

6. L'employeuse a transmis à l'OCE un préavis de RHT le 20 août 2020 concernant deux travailleurs pour une durée prévisible du 1er septembre au 31 décembre 2020 avec une perte de travail de 100%. En annexe du formulaire, l'employeuse a précisé qu'elle exploitait un petit garage composé de deux personnes, un mécanicien et un réceptionniste-mécanicien. Elle enregistrait des rendez-vous pour les quinze premiers jours habituellement. Or, depuis le confinement et la situation actuelle, le garage avait de la peine à repartir. L'agenda n'enregistrait pas de rendez-vous pour occuper les employés à 100%. La reprise se faisait très lentement. Vu la situation très particulière, les clients ne venaient plus comme par le passé. Cela était certainement dû au télétravail, à la mobilité douce ainsi qu'au fait que les gens partaient moins en vacances et que leur budget était limité.

7. Par décision du 27 août 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT considérant qu'une perte de travail n'était pas avérée dans le cas d'espèce. La perte de travail n'était pas prise en considération lorsqu'elle était due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation. En période de crise économique, la réduction pour les entreprises des coûts non essentiels était usuelle.

8. Le 4 septembre 2020, l'employeuse a indiqué à l'OCE qu'un seul travailleur était concerné par la RHT et non deux. Elle avait fait une erreur lors de l'établissement des demandes de préavis. Elle s'opposait à la décision du 27 août 2020, car son activité subissait actuellement un fort ralentissement et avait de la difficulté à repartir suite à la situation sanitaire qu'elle avait vécue et qui se prolongeait. L'OCE pourrait constater sa baisse d'activité en consultant son compte de pertes profits pour la période du 1er janvier au 1er juillet 2020, qui accusait une baisse de son chiffre d'affaires d'environ 49% par rapport à la même période en 2019.

9. Par décision sur opposition du 13 octobre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition de l'employeuse. La perte de travail causée par des mesures prises par les autorités ou dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur était prise en considération si l'employeur n'avait pu l'éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou n'avait pu faire répondre un tiers du dommage.

   Il apparaissait que l'utilisation des véhicules privés (voitures et motos etc.) avait repris à un niveau supérieur à celui d'avant la crise de la COVID-19, notamment étant donné la peur de la population de reprendre les transports publics. Par ailleurs, les accidents étaient également plus nombreux, ce qui avait pour conséquence que les garages et carrosseries étaient plus sollicités. Par ailleurs, avec l'hiver qui approchait et la mauvaise météo y relative, les garages et carrosseries allaient voir leur charge de travail augmenter avec, notamment, la préparation des véhicules pour la saison (installation des pneus-neige etc.). Ainsi, la perte de travail n'était pas avérée. Au surplus, la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit à l'indemnité en cas de RHT.

10. Le 23 octobre 2020, l'employeuse a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice confirmant les griefs déjà développés dans son opposition. Elle précisait que le pourcentage prévisible de perte de travail par mois/période de décompte était estimé à environ 50 à 60% et non à 100% comme indiqué dans sa demande de préavis du 20 août 2020. Elle avait repris par erreur ce pourcentage des demandes précédentes. Elle concluait à l'octroi d'indemnités en cas de RHT pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020, en raison de la situation actuelle difficile, du fait que les clients faisaient attention à leur budget et n'apportaient pas nécessairement leur véhicule aux entretiens nécessaires.

11. Par réponse du 24 novembre 2020, l'intimé a conclu au rejet du recours persistant dans la décision querellée.

12. Lors d'une audience du 17 mars 2021, la représentante de l'intimé a indiqué que celui-ci était finalement d'accord d'accorder les RHT à la recourante pour une personne au taux de 60%, attendu qu'une perte de travail était rendue vraisemblable et que le dernier préavis déposé concernant janvier 2021 avait été préavisé favorablement pour une personne à 40%.

13. Le 30 mars 2021, l'intimé a précisé, à la demande de la chambre de céans, qu'il estimait que la RHT pouvait être accordée du 20 septembre (jour qui suivait la précédente décision) au 31 décembre 2020, relevant que suite aux modifications de la loi COVID-19 du 19 mars 2021, la durée de la RHT n'était plus limitée à trois mois depuis le 1er septembre 2020.

14. 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 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. La LPGA est applicable au cas d'espèce à moins que la LACI n'y déroge expressément (art. 1 LACI).

3. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

4. Le litige porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT du 1er septembre au 31 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).

Selon les modifications de la loi COVID-19, entrées en vigueur le 20 mars 2021, les autorisations de RHT sont valables six mois au lieu de trois, mais au maximum jusqu'au 31 décembre 2021 (art. 17b en vigueur du 1er septembre 2020 au 31 décembre 2021).

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.

c. 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 Secrétariat d'État à l'économie [SECO], état au 1er janvier 2021, C3 et C4).

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).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; cf. aussi RUBIN, op. cit, n. 10 ad art. 33 LACI et les références citées).

Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires, tel que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence, ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnisables. Dans le domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. Pour une entreprise qui traite essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques normaux d'exploitation (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

6. 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 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773) 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). 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 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).

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 prévoit qu'en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37 let. b LACI, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Cette disposition a effet jusqu'au 31 mars 2021 (art. 9 al. 6).

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).

Le 20 janvier 2021, le SECO a édicté la directive 2021/01 sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », laquelle remplace la directive 2020/15 du 30 octobre 2020. Il ressort en particulier du ch. 2.5 que l'activité doit reprendre dès que cela est possible. Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage. Toutefois, le droit à l'indemnité en cas de RHT peut être maintenu, notamment lorsque l'entreprise ne peut mettre au travail qu'une partie de ses employés pour des motifs économiques. La perte à prendre en considération est imputable aux conséquences économiques de la pandémie. Le droit à l'indemnité en cas de RHT existe donc, si les autres conditions du droit à l'indemnité sont réalisées.

7. En vertu de l'art. 53 al. 3 LPGA, l'assureur peut reconsidérer une décision contre laquelle un recours est formé jusqu'à l'envoi de son préavis.

   Par préavis, il faut entendre le ou les déterminations que l'assureur social est invité à présenter dans le cadre de l'échange d'écritures ordonné par l'autorité de recours. La possibilité de reconsidérer s'étend jusqu'à l'échéance du délai dans lequel l'assureur social a été appelé à se déterminer pour la dernière fois, respectivement,

en l'absence de délai déterminé, jusqu'à la fin de l'échange d'écritures. Passé ce moment, la décision de reconsidération a valeur de proposition au juge.

La reconsidération pendente lite permet cependant d'abréger le litige et de donner rapidement satisfaction à la personne assurée lorsque l'assureur social se rend compte à temps, au vu de l'argumentation présentée dans le recours, qu'il a commis une erreur de fait ou de droit ou qu'il a mal apprécié un aspect du rapport juridique litigieux. La question des frais et dépens ne paraît pas déterminante, puisque le tribunal cantonal des assurances mettra en principe ceux-ci à la charge de l'administration.

Selon la jurisprudence, la décision de reconsidération rendue pendente lite qui a valeur de simple proposition au tribunal, comme celle qui désavantage la personne assurée, est nulle. Est assimilée à une décision nulle, la décision pendente lite rendue postérieurement à l'échéance du délai de réponse ou celle rendue après que l'assureur social a déjà envoyé sa réponse à l'autorité de recours. Ces propositions au juge, qui ne le lient pas et ne peuvent pas avoir l'effet d'un acquiescement, ne rendent pas le recours sans objet : l'autorité judiciaire doit statuer sur les conclusions dont elle est saisie (Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales éd. par Anne-Sylvie DUPONT / Margit MOSER-SZELESS, 2018, n. 101, 104 et 108 ad art. 53).

8. En l'occurrence, la représentante de l'intimé a indiqué lors de l'audience de comparution personnelle que celui-ci était d'accord de reconsidérer sa décision, considérant qu'une perte de travail était rendue vraisemblable. Elle a précisé le 30 mars 2021 que la RHT pouvait être accordée du 20 septembre au 31 décembre 2020. Faute de nouvelle décision intervenue avant l'échéance de l'envoi de son préavis, il s'agit d'une proposition au juge.

   Il se justifie en l'occurrence de reconnaître le droit de la recourante à la RHT pour une personne à raison d'un taux de 60% pour la période 20 septembre au 31 décembre 2020, étant rappelé que l'intimé avait admis le 16 juin 2020, que la recourante y avait droit du 20 juin au 19 septembre 2020.

9. Il ne sera pas alloué de dépens à la recourante qui a agi, sans l'assistance d'un avocat, et n'en a pas demandé (art. 61 let. g LPGA).

10. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision rendue par l'intimé le 13 octobre 2020.
4. Dit que la recourante a droit à l'indemnité en cas de RHT du 20 septembre au 31 décembre 2020 pour un employé à raison d'un taux de 60%.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

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