RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3652/2020 **ATAS/2/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 janvier 2022

9ème Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sise à ONEX recourante

contre

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

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et Andres PEREZ, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société A_____ SÀRL (ci-après : la société), avec siège social à Onex, a pour but la désinfection et la lutte contre les nuisibles (punaises de lit, rats, blattes, etc.). Monsieur B_____ en est associé gérant unique avec signature individuelle. La société compte un employé, Monsieur C_____, qui travaille en qualité de désinfecteur.

b. Par décision du 31 mars 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) n'a pas fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour la période du 1er avril 2020 au 30 septembre 2020.

B. **a.** Le 20 août 2020, la société a transmis à l'OCE un nouveau formulaire de préavis de RHT annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise, soit un employé concerné, du 1er septembre 2020 au 31 août 2021. Elle a précisé que son délégué commercial ne pouvait toujours pas reprendre son travail. Le démarchage, les appels clients, les rapports techniques et le travail administratif étaient assurés par le dirigeant. Les techniciens en désinfection étaient payés à l'heure.

b. Par décision du 31 août 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT formée par la société.

c. Le 2 septembre 2020, la société a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir qu'en raison de la diminution des voyages à l'étranger, la société effectuait beaucoup moins d'interventions. L'agenda de son employé, M. C_____, était vide en juin 2020, en comparaison avec le mois de juin 2019. Il en résultait une nette diminution de l'activité de la société, de sorte qu'il n'y avait plus assez de travail pour justifier le poste de M. C_____. À l'appui de son opposition, il a produit des extraits de l'agenda de M. C_____ pour les mois de juin 2019 et juin 2020.

d. Par décision sur opposition du 12 octobre 2020, l'OCE a confirmé sa décision. S'il était possible que le nombre d'interventions relatives au traitement de punaises de lit était en baisse en raison de la diminution des voyages à l'étranger, force était de constater que les autres types de nuisibles n'avaient pas disparu, ni diminué en raison de la pandémie. La crise sanitaire avait du reste permis à la société d'offrir de nouveaux services liés notamment à la désinfection des locaux, ce service étant en pleine expansion. L'employeur avait par ailleurs décidé d'occuper lui-même le rôle de son collaborateur administratif, de sorte que cette perte de travail n'était pas inévitable. Elle n'était pas non plus avérée. Pour le reste, la demande ne respectait pas le délai de préavis de dix jours et dépassait la durée maximale de trois mois, de sorte qu'elle n'aurait pas pu être accordée pour la durée sollicitée.

C. **a.** Par acte du 12 novembre 2020, la société a recouru contre cette décision par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, concluant à

son annulation et à l'octroi d'indemnités en cas de RHT pour la période du 1er septembre 2020 au 1er décembre 2020. Elle invoque une violation de son droit d'être entendue, une constatation inexacte des faits et une violation des dispositions en matière de chômage partiel. En substance, la société a fait valoir que la lutte contre les punaises de lit représentait le 90 % de son activité. Depuis le début de la pandémie, tous les canaux par lesquels se transmettaient les punaises de lit n'existaient plus. La société avait déjà été contrainte de licencier un technicien en raison de la diminution du travail liée à la crise sanitaire. M. C_____ avait pour mission de démarcher les clients, entretenir de bonnes relations avec ces derniers, en assurant le suivi des dossiers et en rédigeant les rapports techniques. Son activité avait fortement diminué en 2020. Le peu d'activité qu'il lui restait, soit deux à trois appels par jour, ne justifiait plus sa présence au travail, de sorte qu'elle était effectuée par l'associé gérant. La société avait tenté d'étendre son activité dans le but de faire face aux conséquences de la crise sanitaire. Par ailleurs, les soucis liés aux invasions de blattes se rencontraient principalement de juillet à octobre.

b. Par réponse du 7 décembre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours. Contrairement à ce que soutenait la société, son droit d'être entendue n'avait pas été violé dès lors que tous ses arguments avaient pu être soulevés dans le cadre de son opposition.

c. La société n'a pas formé d'observations complémentaires dans le délai imparti à cet effet.

d. Le 20 septembre 2021, la société a produit le cahier des charges de M. C_____ ainsi que les comptes de la société pour les années 2019 et 2020. Répondant aux questions de la chambre de céans, la société a indiqué que l'activité de M. C_____ consistait à prendre contact avec les clients, gérer les interventions et rédiger les rapports. Le nombre de traitements, visites aux grands clients et, en conséquence, rapports, cours et expertises avait fortement diminué depuis la crise sanitaire, en raison de la réduction de la clientèle dans les hôtels et restaurants. Les comptes de la société ne reflétaient pas sa baisse d'activité car le chiffre d'affaires était enregistré sur la base des encaissements. Or, une bonne partie des produits enregistrés en 2020 provenait de factures émises en 2018 et 2019. En 2021, le chiffre d'affaires était toutefois inférieur d'environ un tiers par rapport au chiffre d'affaires moyen. La société a également expliqué avoir racheté à bas prix des machines à laver professionnelles afin de proposer un service de nettoyage à ses clients. Elle avait également acheté des tentes chauffantes mobiles à installer dans les appartements des clients pour réduire le coût de la congélation. Une personne à mi-temps avait été engagée afin de développer les activités et assurer une partie du marketing.

e. La chambre de céans a convoqué les parties à une audience de comparution et d'enquêtes le 23 novembre 2021. La société, non excusée, ne s'est pas présentée. La représentante de l'OCE a relevé que, renseignements pris auprès de la caisse de

chômage, l'employeur n'avait pas transmis les décomptes d'indemnités pour les périodes sollicitées (septembre à décembre 2020).

Entendu en qualité de témoin, M. C_____ a indiqué qu'il travaillait pour le compte de la société en qualité d'expert en tests/contrôles pour la désinfestation des animaux nuisibles. La désinfection des locaux ne faisait pas partie de son activité, étant précisé que des techniciens de la société avaient parfois procédé à la désinfection des locaux. Il ne travaillait pas avec un agenda, de sorte que l'extrait de l'agenda (pièce 5) n'était pas son agenda personnel. Avant la pandémie, l'activité consistant à rendre visite aux clients représentait le 40 % de ses activités. Cette activité avait été la plus touchée en raison de la pandémie. Il était arrivé, durant la pandémie, que des clients suspendent les contrats, voire les annulent. Durant la pandémie, il était à disposition de son employeur à son bureau. Il avait effectué beaucoup de formations, mais avait peu de travail à l'extérieur. Son activité s'était transformée en une activité de bureau (formation, tâches administratives) et il a toujours été payé à 100 %. Actuellement, il était occupé aux mêmes heures qu'en 2019, étant relevé que la masse de travail liée aux visites des clients n'existait plus.

À l'issue de l'audience, un délai a été accordé à la société pour se déterminer. À défaut, la cause serait gardée à juger.

f. La société ne s'est pas déterminée dans le délai imparti par la chambre de céans.

EN DROIT

1.

1.1 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.

1.2 Interjeté en temps utile, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA), le recours est recevable (art. 60 LPGA).

2. Le litige porte principalement sur le droit de la recourante à l'octroi d'indemnités en cas de RHT du 1er septembre 2020 au 1er décembre 2020.

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. On relèvera, au demeurant, qu'au vu du désintérêt manifesté par la recourante dans le cadre de la procédure devant la chambre de céans, l'intéressée est mal venue de se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue. En effet, dûment convoquée à une audience de comparution personnelle, la recourante ne s'est pas présentée, sans avoir été excusée. Invitée à se déterminer sur le procès-verbal d'audience, la recourante ne s'est pas non plus déterminée.

Le grief de la recourante sera donc écarté.

4.

4.1

4.1.1 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).

4.1.2 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.

4.2 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).

4.3 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).

4.4 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. S'il était possible que le nombre d'interventions relatives au traitement des punaises de lit soit en diminution en raison de l'annulation de nombreux voyages à l'étranger, force était de constater que les autres types de nuisibles n'avaient pas disparu. La désinfection des locaux était par ailleurs en pleine expansion. Enfin, l'employeur avait décidé lui-même d'occuper le rôle de collaborateur administratif, de sorte que la perte de travail n'était pas inévitable.

En l'occurrence, force est d'admettre, avec l'intimé, que l'existence d'une perte de travail n'est pas établie. Dans son recours, la société se prévaut, pour seule pièce, d'un document intitulé "Agendas de Monsieur C_____". Or, outre le fait que l'on ne peut rien tirer de cette pièce, peu lisible, M. C_____ a expliqué en audience qu'il ne s'agissait pas de son agenda personnel, étant précisé qu'il ne travaillait pas avec un agenda.

Devant la chambre de céans, la recourante a expliqué que le traitement des punaises de lit représentait le 90 % des activités de la société, le 10 % restant étant consacré aux autres nuisibles, voire la désinfection des locaux. De plus, les soucis liés aux invasions de blattes étaient rencontrés principalement durant les mois de juillet à octobre, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un domaine praticable toute l'année. Dans ces conditions, l'activité de son employé, M. C_____, qui ne représentait que deux ou trois appels par jour, était assurée par M. B_____. Enfin, la société avait tenté d'étendre son activité dans le but de faire face aux conséquences économiques désastreuses dues à la crise sanitaire.

Invitée par la chambre de céans à produire des pièces à l'appui de ses allégations, la recourante a produit le cahier des charges de M. C_____, ainsi que les comptes de la société pour les années 2019 et 2020. Or, ainsi que l'admet la fiduciaire de la recourante, les comptes de la société ne permettent pas de mettre en évidence une perte de travail. Au contraire, les produits de la société n'ont eu cesse d'évoluer depuis 2019. En effet, alors que les produits de la société s'élevaient à CHF 276'217.71 en 2019, ils se montaient à CHF 319'778.50 en 2020. En 2021, et malgré une baisse de revenus en janvier, les produits sont restés supérieurs à 2019 pour la période de janvier à août. Quant au cahier des charges de l'employé, il ne permet pas non plus d'attester une perte de travail. Il manque en particulier au dossier les relevés d'activités mensuels de l'employé, permettant d'établir la répartition de ses activités et la réduction de certaines d'entre elles par rapport à 2019. Entendu en audience, M. C_____ a indiqué qu'il était à disposition de son employeur durant la pandémie. S'il a certes relevé que ses activités avaient été modifiées durant cette période, l'employé ayant effectué davantage de formations et très peu de travail à l'extérieur, il ne résulte pas, de ses déclarations, que ses heures de travail auraient diminué en 2020, par rapport à 2019.

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.

5. 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
Sylvie CARDINAUX	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