RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3773/2020 **ATAS/18/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 18 janvier 2022

1ère Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Olivier CARRARD	recourante

contre

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

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société A_____ SA (ci-après la société), ayant pour buts l'analyse, l'assistance, le conseil, la conception, la réalisation de prestations de services et la formation dans le domaine de l'informatique, des nouvelles technologies et de l'ingénierie, est inscrite au Registre du commerce de Genève.

b. Par décisions des 4 mai et 19 juin 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) a accepté le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour la période du 28 avril au 30 juin 2020 et du 1er au 30 juillet 2020 dans le secteur d'exploitation « Projets services généraux TOT ».

B. **a.** Le 19 août 2020, la société a transmis à l'OCE un préavis de réduction de l'horaire de travail pour le secteur d'exploitation « Unité banques / assurances », concernant deux de ses collaborateurs à 100%, soit Messieurs B_____ et C_____, dès le 1er septembre 2020.

b. Par décision du 27 août 2020, l'OCE a rejeté la demande, aux motifs que la perte de travail n'était pas avérée et que l'indemnité RHT n'était pas en relation avec un secteur d'exploitation assimilable à une entreprise formant une entité organisationnelle avec ses propres moyens, mais concernait toute l'entreprise.

c. La société a formé opposition le 4 septembre 2020. Elle rappelle qu'elle dépend étroitement de l'activité de ses clients et prestataires. Les besoins de ceux-ci sont en forte diminution, notamment en raison du gel de projets reportés à 2021, de la mise en place de mesures de télétravail dans certains départements de ses clients impliquant que son personnel ne peut plus intervenir sur le site de ces derniers, et étant précisé que le travail ne peut pas être réalisé à distance du fait qu'il s'agit d'accéder à des données critiques et sensibles.

Elle attire l'attention de l'OCE sur le fait que si elle ne pouvait bénéficier d'une prolongation de l'indemnité RHT, elle devrait licencier au minimum deux de ses employés à court terme.

Elle ne comprend pas ce que l'OCE lui reproche lorsqu'il déclare qu'« attendu qu'un secteur d'exploitation est assimilable à une entreprise lorsqu'il forme une entité organisationnelle avec ses propres moyens en personnel et technique qui dépend d'une direction autonome au sein de l'entreprise ou qui pourrait être offerte sur le marché par des entreprises indépendantes, ce qui n'est pas le cas en l'espèce », et se demande s'il ne lui aurait pas appartenu de formuler la demande RHT pour toute l'entreprise.

Elle allègue que certains de ses confrères du même secteur d'activités ont eu droit à la prolongation de l'indemnité RHT pour leur personnel et invoque dès lors le droit au respect du principe d'égalité de traitement.

d. En réponse à un courriel de l'OCE du 8 septembre 2020, la société a précisé, le 15 septembre 2020, que même si le domaine informatique restait porteur depuis le mois de mars, les besoins de ses clients étaient en forte diminution. Elle a indiqué

que la perte de travail était de 100% de l'activité des consultants concernés et a joint copie des justificatifs d'annulation de commandes et de mandats.

Le 6 octobre 2020, la société a complété les informations demandées et ajouté notamment que « nous plaçons du personnel uniquement dans le domaine IT, mais nos clients peuvent être dans tous les secteurs économiques avec une forte présence dans le domaine bancaire ».

Elle a également expliqué que « notre collaborateur, M. B_____, était le seul concerné lors de l'envoi de notre première réponse, le contrat client lié au travail de M. C_____. s'est terminé au 30 septembre. Nous avons pu réattribuer M. B_____ sur un autre projet dès le 21 septembre 2020, donc notre demande de prolongation le concernant ne porterait que sur la période du 1er au 20 septembre. En dehors de M. B_____ pour la période précitée, seul M. C_____ serait concerné par notre demande de manière à avoir le temps de pouvoir identifier les projets nous permettant de le remettre au travail ».

e. Par décision du 21 octobre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition.

Constatant que l'organigramme de l'entreprise produit indique une direction responsable de 6 unités et d'un secteur administratif, et rappelant que la perte de travail causée par des mesures prises par les autorités, ou due à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, est prise en considération si l'employeur n'a pu l'éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou n'a pu faire répondre un tiers du dommage (SECO, Bulletin LACI RHT, janvier 2020, C9), l'OCE a considéré que l'employeur n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse et n'avait pas valablement justifié la perte de travail effective subie par le collaborateur touché par la RHT entre le 1er et le 20 septembre 2020, que le secteur d'exploitation « Unité banques / assurances » pour lequel l'indemnité RHT était demandée ne constituait pas une entité organique avec ses propres moyens en personnel et en technique, puisqu'il dépendait, comme tous les autres, de la direction et qu'il n'était pas autonome, qu'au surplus, la perte de travail n'était prise en considération que si, au cours de chaque période de décompte, elle atteignait au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise ou du secteur d'exploitation reconnu et que dans le cas d'espèce, même si elle devait être avérée, elle n'atteignait pas ce seuil.

Il a enfin relevé que la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit à l'indemnité RHT.

C. **a.** La société, représentée par Me Olivier CARRARD, a interjeté recours le 20 novembre 2020 contre ladite décision sur opposition. Elle explique qu'elle propose des activités de consultant et de support pour aider ses clients à planifier, implanter, sécuriser, gérer et optimiser leur environnement technologie de l'information (IT).

De nombreux mandats ont pris fin ou n'ont pas été prolongés dès mars 2020, « en raison du report à 2021 de certains projets et de l'instauration du télétravail dans le secteur bancaire ».

Les commandes mensuelles des clients pour des missions ont diminué depuis le mois de mars, passant par exemple de 32 en août 2018, à seulement 24 en août 2020. Est produit un tableau de l'évolution des commandes mensuelles de janvier 2018 à août 2020 et des commandes à venir de septembre à décembre 2020.

Le chiffre d'affaires de la société a subi une perte considérable pour la période de janvier à octobre 2020.

Elle fait valoir que l'OCE a violé les art. 31 et 32 LACI et 46 OACI. Elle rappelle en effet que l'annulation des missions par les clients de la société a pour conséquence une réduction du temps de travail pour certains collaborateurs qui ne peuvent pas être remplacés sur de nouveaux projets, étant donné la diminution des commandes des clients.

Elle invoque le principe de l'égalité de traitement, constatant que le droit aux indemnités RHT a été accordé à plusieurs entreprises qui étaient actives dans la même branche de secteur et qui envoyaient également leurs collaborateurs pour des missions chez des clients.

Elle conclut à l'octroi de l'indemnité RHT pour M. B_____, précisant que suite à la décision sur opposition, elle a licencié M. C_____.

b. Dans sa réponse du 15 décembre 2020, l'OCE, considérant que la société n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse, a conclu au rejet du recours.

c. Le 19 janvier 2021, la société a informé la chambre de céans qu'elle n'avait pas d'observations complémentaires à formuler.

d. La chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 30 novembre 2021. L'administrateur et directeur de la société a expliqué que

« M. B_____ est au bénéfice d'un contrat de travail à durée indéterminée auprès de la société. La société est au bénéfice d'une autorisation de location de services s'agissant des prestations qu'il fournissait et est, partant, assimilée à une entreprise de travail temporaire s'agissant de M. B_____ ».

La représentante de l'OCE a alors attiré son attention sur le fait que l'exception dont bénéficiaient les entreprises de locations de services avait été supprimée à compter du 31 août 2020.

L'administrateur et directeur de la société en a pris note, mais a relevé que la décision litigieuse n'en faisait pas mention. Il a quoi qu'il en soit souhaité que la cause soit 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). La société a son siège à Genève.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1er janvier 2021, pendant devant la chambre de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le droit de la société à une indemnité en cas de RHT pour M. B_____ pour la période du 1er au 20 septembre 2020.

5. La réduction de l'horaire de travail a pour but d'éviter un chômage complet, c'est-à-dire d'éviter des licenciements et de conserver des postes de travail. Elle implique que l'entreprise, en accord avec les travailleurs, impose une réduction temporaire du temps de travail dans l'entreprise, avec une diminution correspondante du salaire (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, *in* SBVR vol. XIV, 3ème éd. 2016, n. 454-455).

L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI).

6. Aux termes de l'art. 33 al. 1 let. e LACI, une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle touche des personnes qui ont un emploi d'une durée déterminée, sont en apprentissage ou au service d'une organisation de travail temporaire.

Cette disposition ne vise pas le personnel administratif des agences intérimaires, lequel n'a toutefois en principe pas droit aux indemnités dès lors que les pertes de travail pour le personnel propre d'une agence sont habituelles en période de basse conjoncture (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, p. 364 et p. 366, n. 16 et 22 ad art. 33). En effet, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer. Selon la jurisprudence, doivent être considérées comme des risques normaux d'exploitation 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 aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. L'entreprise de travail temporaire a pour vocation d'absorber les fluctuations du volume de travail des entreprises clientes. Dans une certaine mesure tout au moins, les entreprises utilisatrices transfèrent aux sociétés de travail temporaire les risques liés à ces fluctuations, lesquelles se répercutent forcément sur les secondes. C'est dire que la branche intérimaire est extrêmement sensible à la conjoncture. De telles variations, amplifiées par la nature même de l'activité, apparaissent ainsi inhérentes aux risques d'exploitation d'une entreprise de location de services (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 182/02 du 19 décembre 2002 consid. 5 et 6).

7. **a.** L'art. 36 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 réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Le préavis est renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de trois mois (al. 1). Dans le préavis, l'entreprise doit indiquer le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail (let. a) ; l'ampleur de la réduction de l'horaire de travail ainsi que sa durée probable (let. b) ; la caisse auprès de laquelle il entend faire valoir le droit à l'indemnité (let. c) (al. 2). En vertu de l'art. 58 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), le délai de préavis en cas de réduction de l'horaire de travail est exceptionnellement de trois jours lorsque l'entreprise prouve que la réduction de l'horaire de travail doit être instaurée en raison de circonstances subites et imprévisibles (al. 1). Lorsque, au sein d'une entreprise, les possibilités de travail dépendent de l'entrée journalière des commandes et qu'il n'est pas possible de travailler pour constituer un stock, le préavis de réduction de l'horaire de travail peut être encore communiqué immédiatement avant qu'elle ne commence, au besoin, par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2). L'al. 2 s'applique également, lorsque l'entreprise a été empêchée de donner le préavis dans le délai imparti (al. 3). 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 (al. 4). Les délais prévus aux art. 36 LACI et 58 OACI sont des délais de déchéances, mais peuvent être restitués aux conditions de l'art. 41 LPGA (Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, n. 661). Les annonces de réduction de l'horaire de travail rétroactives sont exclues (ATF 110 V 334 consid. 3c).

b. Aux termes de l'art. 59 OACI, avec son préavis de réduction de l'horaire de travail, l'employeur doit, en plus des indications prescrites à l'art. 36 al. 2 LACI,

fournir une présentation succincte des circonstances qui nécessitent la réduction de l'horaire de travail ainsi qu'une analyse des perspectives économiques à court terme de l'entreprise (let. a) ; le nombre des travailleurs dont le contrat a été résilié ou le sera prochainement (let. b) ; tous les autres documents exigés par l'autorité cantonale (let. c) (al. 1). L'employeur doit annoncer la réduction de l'horaire de travail au moyen du formulaire du SECO (al. 2). Le SECO peut prévoir une procédure simplifiée pour le cas où, dans des circonstances identiques, une entreprise annonce à plusieurs reprises une réduction de l'horaire de travail dans une période de deux ans (art. 35 al. 1 LACI) (al. 3).

c. Avec la réglementation prévue à l'art. 36 LACI, visant à prévenir les abus, le législateur n'entendait pas introduire une procédure d'autorisation s'appliquant à chaque cas particulier, mais, d'une part, l'obligation de l'entreprise d'annoncer à l'avance et de justifier la réduction de l'horaire de travail, et, d'autre part, la possibilité pour les autorités cantonales d'intervenir en cas de doutes sur les conditions donnant droit à l'indemnité (Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 600). Les délais prévus pour l'annonce de réduction de l'horaire de travail servent en premier lieu à garantir les possibilités de contrôle des autorités cantonales. Afin d'éviter des abus, l'administration a tout particulièrement besoin dans ce domaine de procéder à des vérifications immédiates, dès lors que des contrôles *a posteriori* ne permettent pas de tirer des conclusions fiables (ATF 114 V 123 consid. 3b). La jurisprudence a précisé qu'il suffit que l'employeur justifie et rende crédible la nécessité de la réduction de l'horaire de travail dans l'annonce (ATF 110 V 334 consid. 3c).

8. Conformément à l'art. 38 LACI, dans le délai de trois mois à compter de l'expiration de chaque période de décompte, l'employeur fait valoir auprès de la caisse qu'il a désignée l'ensemble des prétentions en indemnité pour les travailleurs de son entreprise (al. 1). Dans la période de deux ans prévue à l'art. 35 al. 1, le droit à l'indemnité concernant une entreprise sera exercé auprès de la même caisse. Le Conseil fédéral peut prévoir des dérogations (al. 2). L'employeur remet à la caisse les documents nécessaires à la poursuite de l'examen du droit à l'indemnité et au calcul de celle-ci (let. a); un décompte des indemnités versées à ses travailleurs (let. b); une attestation certifiant qu'il continue à payer les cotisations des assurances sociales (art. 37 let. c) (let. c). La caisse peut, au besoin, exiger d'autres documents (al. 3).

Le délai de l'art. 38 LACI est également un délai de déchéance, qui ne peut être ni prolongé, ni suspendu. Il peut, en revanche, être restitué, aux conditions de l'art. 41 LPGA. La gravité des conséquences de l'inobservation de ce délai impose une obligation de renseigner de la part de l'autorité cantonale. Lorsque l'employeur omet de remettre tous les documents à la caisse, celle-ci doit lui impartir un délai supplémentaire qui peut s'étendre au-delà du délai de déchéance. Ce délai permettra

uniquement de compléter les premiers documents, il ne pourra servir à pallier leur absence (RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, n. 669).

9. Pour lutter contre l'épidémie liée à la COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes durant le premier trimestre de l'année 2020.

Le 13 mars 2020, il a ainsi édicté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de diminuer le risque de transmission de la COVID-19. Cette ordonnance, qui a par la suite fait l'objet de plusieurs modifications, a notamment interdit les rassemblements atteignant un certain nombre de personnes et l'ouverture de plusieurs catégories d'établissements et commerces.

En matière d'assurance-chômage, le Conseil fédéral a également adopté plusieurs mesures en lien avec la pandémie. Le 20 mars 2020, il a ainsi promulgué l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage – RS 837.033), laquelle est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020, conformément à son art. 9. Cette ordonnance a notamment eu pour objets l'élargissement du cercle des bénéficiaires des indemnités en cas de RHT, la suppression d'un délai d'attente de la perte de travail à prendre en considération et le droit de demander le versement de l'indemnité sans devoir l'avancer. Son art. 4, abrogé au 1er septembre 2020, disposait qu'en dérogation à l'art. 33 al. 1 let. e, LACI, une perte de travail était prise en considération lorsqu'elle touchait des personnes ayant un emploi d'une durée déterminée, en apprentissage ou au service d'une organisation de travail temporaire.

L'art. 8b de cette ordonnance, en vigueur du 26 mars 2020 au 31 mai 2020, prévoyait qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, 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 (al. 1). Le préavis de RHT pouvait également être communiqué par téléphone. L'employeur était tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

L'art. 8c de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage 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.

Le 1er juin 2020, les art. 1, 2 et 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ont été abrogés ; quant à l'art. 8c, il a été abrogé avec effet au 1er septembre 2020.

10. Le SECO a émis plusieurs directives régissant le droit aux indemnités en cas de RHT en lien avec 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).

Dans sa directive 4/2020 du 3 avril 2020, mais entrant en vigueur de manière rétroactive au 1er mars 2020 (sauf pour l'obligation d'annoncer les postes vacants), le SECO a annoncé des mesures supplémentaires pour faciliter l'octroi des RHT en lien avec le coronavirus, de façon rapide et peu bureaucratique, notamment sous forme d'une simplification des questions auxquelles il fallait répondre dans le nouveau formulaire exceptionnel « Préavis de réduction de l'horaire de travail ». Cette directive prévoyait en outre que les entreprises ayant déjà déposé une demande de RHT pouvaient annoncer à l'OCE les nouvelles personnes y ayant droit après coup, avec effet rétroactif à la date de la décision de l'autorité cantonale. En outre, si, en raison d'erreurs ou d'indications mal comprises de la part des organes d'exécution, la date de réception ou la date du timbre postal ne pouvait plus être déterminée, la période prévue commençait à courir à la date annoncée par l'employeur, au plus tôt le 17 mars 2020, et faisait office de date de réception. Tous les préavis relatifs à la pandémie et reçus au moyen du formulaire conventionnel pouvaient également être traités de manière allégée. Si l'employeur annonçait la RHT pour toute l'entreprise, et pas seulement pour un secteur d'exploitation, l'organigramme n'était pas nécessaire.

Cette directive 4/2020 a été remplacée par la directive 6/2020 du 9 avril 2020, avec effet rétroactif au 1er mars 2020, elle-même applicable jusqu'au 31 mai 2020, puis par la directive 8/2020, le 1er juin 2020.

La directive 6/2020 prévoyait également que le 17 mars 2020 était considéré comme la date de réception si l'entreprise avait dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle avait déposé sa demande de RHT avant le 31 mars 2020.

Elle précisait, s'agissant du préavis de RHT pour les travailleurs temporaires, qu'il incombait à l'entreprise de location de services, en tant qu'employeur, d'annoncer la RHT à l'autorité cantonale. Les collaborateurs dont les services avaient été loués à une entreprise de mission concernée par la RHT étaient considérés comme un

secteur d'exploitation de l'employeur. Pour chaque secteur d'exploitation (soit les collaborateurs dont les services étaient loués à une entreprise de mission concernée par la RHT), l'employeur devait transmettre un préavis séparé et remettre un formulaire de demande et de décompte séparé. Dans le formulaire « Préavis de réduction de l'horaire de travail », il s'agissait d'indiquer dans le champ « Secteur d'exploitation » le nom et l'adresse de l'entreprise de mission. Dans le cadre de l'actuelle procédure simplifiée, tous les préavis des différents secteurs d'exploitation d'une entreprise pouvaient être remis en une fois à l'autorité cantonale du siège de l'entreprise. La procédure en cas de préavis et de décomptes déjà approuvés pour l'indemnité en cas de RHT, s'agissant des travailleurs temporaires, était ainsi réglée : en ce qui concernait les préavis et les décomptes déjà remis par les entreprises de location de services avant l'entrée en vigueur de la présente directive, la procédure utilisée jusqu'alors par les organes d'exécution (par exemple annonce de toute l'entreprise auprès d'une autorité cantonale au moyen d'un formulaire, pour tous les travailleurs temporaires et employés fixes, ou de différents formulaires distinguant entre employés fixes et travailleurs temporaires) était maintenue pour la période de décompte de mars 2020. La procédure établie par la directive 6/2020 était applicable aux périodes de décompte à partir du mois d'avril 2020. Toutes les entreprises de location de services devaient en conséquence remettre un nouveau préavis de RHT à l'autorité cantonale compétente, si le préavis déjà remis différait des nouvelles prescriptions en vigueur.

11. 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).

12. Le litige porte sur le droit de la société à l'indemnité en cas de RHT pour M. B_____, du 1er au 20 septembre 2020.

Dans sa décision sur opposition du 21 octobre 2021, l'OCE a confirmé son refus de verser ladite indemnité à la société, au motif que la perte de travail effective subie par M. B_____ durant cette période n'était pas avérée. Il a également considéré que le secteur d'exploitation « Unité banques / assurances » pour lequel l'employeur demande la RHT ne constitue pas une entité organique avec ses propres moyens en personnel et en technique, puisqu'il dépend, comme tous les autres, de la direction et qu'il n'est pas autonome.

Il s'agirait ainsi de déterminer si M. B_____ a subi une perte de travail du 1er au 20 septembre 2020.

Point n'est toutefois besoin d'examiner cette question, le recours devant être quoi qu'il en soit rejeté pour un autre motif.

Il y a en effet lieu de constater que la société est au bénéfice d'une autorisation de location de services s'agissant des prestations fournies par M. B_____ (cf. PV du 30 novembre 2021).

13.

13.1 Aux termes de l'art. 33 al. 1 LACI,

« Une perte de travail n'est pas prise en considération :

a. lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien, ou à d'autres interruptions habituelles et réitérées de l'exploitation, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer;
b. lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi;
c. lorsqu'elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne la fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise;
d. lorsque le travailleur n'accepte pas la réduction de son horaire de travail et, partant, doit être rémunéré conformément au contrat de travail;
e. lorsqu'elle touche des personnes qui ont un emploi d'une durée déterminée, sont en apprentissage ou au service d'une organisation de travail temporaire, ou
f. lorsque la réduction de la durée du travail est causée par un conflit collectif de travail au sein de l'exploitation dans laquelle travaille l'assuré ».

Dans la mesure où les pertes de travail sont consécutives à des mesures prises par les autorités, l'employeur ayant été indirectement empêché d'exercer une activité économique, 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 être considérées comme étant réalisées. Or, même dans un tel cas de figure, l'indemnisation est exclue si la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI. Par ailleurs, les pertes de travail ne peuvent être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il peut faire répondre un tiers dommage. Comme exposé, cette dernière 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.

S'agissant de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, il n'est pas contesté, ni contestable, que la pandémie du coronavirus constitue une circonstance exceptionnelle dépassant le cadre du risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur (cf. Kurt PÄRTLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum

Erwerbsausfall, in SZS 2020 p. 125). Dans un arrêt du 13 avril 2021, la chambre de céans a admis la présence de circonstances exceptionnelles non liées aux risques d'exploitation d'une entreprise. Elle a considéré qu'au vu du caractère extraordinaire de la pandémie du COVID-19, cette conclusion s'imposait quand bien même la recourante était une entreprise de travail temporaire, pour lesquelles le Tribunal fédéral avait adopté une jurisprudence stricte en matière de RHT, considérant que les fluctuations du volume de travail des entreprises clientes, de même que la concurrence accrue entre les agences de placement étaient inhérentes aux risques d'exploitation des entreprises de location de services (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 179/02 du 19 décembre 2002 consid. 6). Aussi a-t-elle conclu à l'octroi de l'indemnité RHT (ATAS/363/2021).

L'art. 33 al. 1 let. e LACI ne vise pas le personnel administratif des agences intérimaires, lequel n'a toutefois en principe pas droit aux indemnités dès lors que les pertes de travail pour le personnel propre d'une agence sont habituelles en période de basse conjoncture (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, p. 364 et p. 366, n. 16 et 22 ad art. 33). En effet, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer. Selon la jurisprudence, doivent être considérées comme des risques normaux d'exploitation 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 aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. L'entreprise de travail temporaire a pour vocation d'absorber les fluctuations du volume de travail des entreprises clientes. Dans une certaine mesure tout au moins, les entreprises utilisatrices transfèrent aux sociétés de travail temporaire les risques liés à ces fluctuations, lesquelles se répercutent forcément sur les secondes. C'est dire que la branche intérimaire est extrêmement sensible à la conjoncture. De telles variations, amplifiées par la nature même de l'activité, apparaissent ainsi inhérentes aux risques d'exploitation d'une entreprise de location de services (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 182/02 du 19 décembre 2002 consid. 5 et 6) (ATAS/846/2021).

13.2 En dérogation à cette disposition légale, l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RS 837.033) du 20 mars 2020 prévoit à son art. 4 que la perte de travail subie par une personne travaillant pour une société de travail temporaire peut donner droit à une indemnité RHT.

L'art. 4 de l'ordonnance COVID-19 a été abrogé avec effet au 1er septembre 2020 (RO 2020 3569).

La directive 2021/16 du 1er octobre 2021, laquelle actualise et remplace celle du 30 juin 2021 (2021/13), confirme que les personnes au service d'une entreprise de

travail temporaire qui sont occupées au sein d'une entreprise de mission n'ont droit à l'indemnité en cas de RHT qu'entre le 1er mars 2020 et le 31 août 2020.

14.

14.1 Il importe de constater que l'art. 4 de l'ordonnance COVID-19 du 20 mars 2020, selon laquelle la personne au service d'une société de travail temporaire peut donner droit à une indemnité RHT, a été abrogé par l'ordonnance COVID-19 du 1er juin 2020 avec effet au 1er septembre 2020. Aussi l'abrogation est-elle intervenue entre le moment où la décision initiale a été rendue, soit le 27 août 2020, et celui où la décision sur opposition l'a été, soit le 21 octobre 2020.

14.2 D'après les principes généraux, on applique, en cas de changement de règles de droit et sauf réglementation transitoire contraire, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 51/01 du 15 avril 2002 consid. 3). Le principe de la non-rétroactivité fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ATF 122 V 405 consid. 3baa).

Un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a donc pas à être pris en considération. Un tel principe souffre une exception lorsqu'une application immédiate du nouveau droit s'impose pour des motifs impératifs, notamment lorsque les nouvelles dispositions ont été adoptées pour des raisons d'ordre public ou pour la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement. Pour une autorisation ayant un caractère durable ou pour l'examen d'un comportement ayant des conséquences dans le futur, les autorités de recours peuvent appliquer le nouveau droit si la révocation de l'autorisation octroyée est justifiée par le changement de loi (ATF 129 II 497 consid. 5.3.2).

14.3 L'état de fait déterminant porte en l'espèce sur la période du 1er au 20 septembre 2020. En l'absence de dispositions transitoires spécifiques, ce sont les dispositions légales en vigueur à ce moment-là qui s'appliquent (arrêt du Tribunal fédéral C 89/2001). En l'occurrence, la révocation est justifiée par le changement de loi. Il en résulte, dès lors que les personnes au service d'une entreprise de travail temporaire qui sont occupées au sein d'une entreprise de mission ne donnent plus droit à l'indemnité RHT dès le 1er septembre 2020 selon l'ordonnance COVID-19 du 1er juin 2020, que la société ne peut prétendre à aucune indemnité pour M. B_____ durant la période sur laquelle porte le litige.

Aussi le recours ne peut-il être que rejeté.

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
Nathalie LOCHER	Doris GALEAZZI

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