RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/845/2023 **ATAS/578/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 juillet 2023

Chambre 6

En la cause

A_____ SA recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société anonyme A_____ (ci-après la société ou la recourante) a été créée le 4 juin 2019. Elle a pour but la stérilisation d'outils médicaux, dentaires et de laboratoire ainsi que tous les produits finis ou semi-finis dans ces domaines.

b. Le 18 mars 2020, la société a adressé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) un préavis de réduction de l'horaire du travail concernant le secteur de prospection de la clientèle, portant sur un employé pour la période du 17 mars au 31 mai 2020, la perte de travail étant de 90 %. Le 30 mars 2020, la société a complété sa demande en l'étendant au secteur de la direction, pour un collaborateur à un taux de 80 %-

Elle a notamment indiqué que la prospection des cabinets médicaux était impossible en raison de la pandémie et reporterait au mois d'octobre probablement l'activité de la chaîne de production, et partant les premières entrées financières.

c. Par décision du 27 mars 2020, l'OCE a admis le paiement des indemnités en cas de réduction d'horaire de travail du 18 mars au 17 juin 2020.

B. **a.** Le 25 novembre 2022, la société a déposé un nouveau préavis de réduction de l'horaire du travail concernant trois employés pour la période du 1er décembre 2022 au 24 novembre 2023, la perte de travail probable étant de 55 %. Elle a précisé que son activité avait connu une très grande croissance grâce à l'acquisition de deux gros clients, dont une clinique, ce qui l'avait amenée à engager deux personnes à 100 %. Depuis mai 2022, un de ces clients n'avait plus réglé ses factures, ce qui avait conduit à la fin des relations commerciales. Les impayés s'élevaient à un peu plus de CHF 13'000.-. La clinique avait quant à elle vu son activité diminuer, puis cesser à la mi-septembre 2022. Depuis, malgré une augmentation régulière de sa clientèle, la société n'avait pas acquis de clients de la même envergure malgré son travail assidu de prospection.

b. Par décision du 20 décembre 2022, l'OCE a rejeté la demande de réduction de l'horaire du travail de la société. Il a retenu que la perte de travail n'était pas prise en considération lorsqu'elle était due à des risques normaux d'exploitation, dont faisaient partie la fluctuation des commandes ainsi que la perte de clients.

c. La société s'est opposée à cette décision par courrier du 9 janvier 2023. Elle a décrit les circonstances de l'arrêt de sa collaboration avec ses deux gros clients. La réduction de l'horaire de travail n'était pas due à un manque de commandes pendant la phase de démarrage d'une entreprise, mais bien à l'arrêt totalement imprévisible de commandes déjà en cours. Le caractère extraordinaire de la faillite de la clinique devait être admis. L'arrêt prématuré de la relation commerciale avec son autre partenaire avait également un caractère extraordinaire.

La société a joint à son opposition les lettres de licenciement notifiées le 29 décembre 2022 à deux collaboratrices pour le 31 janvier et le 28 février 2023 respectivement, et les propositions à ces collaboratrices de les réengager à mi-temps ensuite.

d. Par décision du 3 février 2023, l'OCE a rejeté l'opposition de la société. L'activité de celle-ci était en phase de démarrage, de sorte que la perte de travail résultant de la résiliation de deux contrats était un risque normal d'exploitation. De plus, la société n'avait pas démontré le caractère exceptionnel de sa perte de travail, ni son taux. En outre, les indemnités de réduction de l'horaire de travail avaient pour but d'éviter des licenciements, en l'espèce déjà survenus puisque deux collaborateurs avaient été renvoyés. Pour le surplus, selon la pratique administrative, les demandes d'indemnités de réduction d'horaire de travail ne pouvaient être admises que pour une période de trois mois au plus, et devaient être renouvelées ensuite pour réexamen de la perte de travail.

C. **a.** La société a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre de céans le 7 mars 2023. Elle a conclu au versement des indemnités de réduction de l'horaire de travail du 1er décembre 2022 au 28 février 2023. Elle a fait valoir que ses relations commerciales avaient un caractère éminemment stable, l'acquisition d'un client impliquant un engagement à long terme avec des volumes de commandes constants. Elle a une nouvelle fois détaillé les modalités de sa collaboration avec un de ses grands clients et les difficultés rencontrées dans l'encaissement des factures dues par celui-ci. L'arrêt subit des relations d'affaires avec ce partenaire résultait d'un comportement contraire à la bonne foi de celui-ci, qui ne faisait pas partie du risque commercial usuel. L'acquisition d'une clinique parmi sa clientèle avait conduit à l'engagement de personnel supplémentaire. La faillite d'un tel établissement était très rare et relevait ainsi aussi d'un risque exceptionnel. La jurisprudence invoquée par l'intimé à l'appui de sa position n'était de plus pas conforme à la pratique administrative.

b. Dans sa réponse du 20 mars 2023, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur opposition,

c. Le 22 mars 2023, la chambre de céans a transmis copie de cette écriture à la recourante et lui imparti un délai pour d'éventuelles observations.

d. À l'expiration de ce délai, 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 (LACI - RS 837.0).

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

2. La novelle du 21 juin 2019 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

Dans la mesure où le présent recours n'était pas pendant à cette date, il est soumis au nouveau droit (art. 82*a* LPGA).

3. Le recours a été déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA).

4. Le litige, tel que circonscrit par les conclusions du recours, porte sur le droit aux indemnités pour réduction de l'horaire de travail du 1er décembre 2022 au 28 février 2023.

5. En vertu de l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération (let. b), le congé n'a pas été donné (let. c) et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

5.1 Selon l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et si elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b).

Les pertes de travail en question 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 (art. 51 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI – RS 837.02]).

5.2 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, nn. 454-455).

La question de savoir si la perte de travail sera temporaire et si les emplois pourront être maintenus grâce aux indemnités pour réduction de l'horaire de travail ne peut généralement être examinée que de manière pronostique au moment de l'annonce, sur la base de suppositions. Il faut partir du principe qu'une perte de travail sera probablement temporaire et que les emplois pourront être maintenus par l'octroi de telles indemnités, tant que des indices concrets ne permettent pas de retenir le contraire. Il y a lieu d'évaluer si ces conditions sont réalisées en fonction des circonstances au moment de la décision sur opposition (ATF 121 V 371 consid. 2a).

5.3 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. La perte de travail n'est pas prise en considération 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 (art. 33 al. 1 let. a LACI).

6.1 La notion de « facteurs d'ordre économique » est interprétée de manière large par la jurisprudence, qui n'opère pas de distinction claire entre les facteurs conjoncturels et structurels (ATF 128 V 305 consid. 3a). Cette notion n'englobe pas uniquement la baisse de la demande de produits et prestations proposés par une entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 8C_267/2012 du 28 septembre 2012 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, le caractère de ce qui est prévisible revêt une importance décisive dans la détermination, de cas en cas, du risque normal d'exploitation (ATF 138 V 333 consid. 4.2.2).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés 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 à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait 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; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2.1).

6.2 Le manque de travail en phase de lancement d'une entreprise constitue un risque ordinaire d'exploitation (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 13 ad art. 33 LACI). Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la négation du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de

travail pour une entreprise récemment créée, au motif que les difficultés rencontrées et les retards dans la mise en œuvre de sa nouvelle activité n'apparaissaient ni exceptionnels, ni extraordinaires, mais dénotaient un risque d'exploitation inhérent à toute nouvelle entreprise tentant de prendre son essor, dont l'art. 33 al. 1 let a LACI excluait la prise en considération (arrêt du Tribunal fédéral 8C_603/2015 du 15 avril 2016 consid. 3). Selon le chiffre D4 de la directive LACI RHT publiée par le SECO dans sa teneur applicable *ratione temporis* au présent litige, un manque de commandes pendant la phase de démarrage d'une entreprise, soit pendant une période de deux ans environ, est tout à fait habituel et les pertes de travail qui en résultent font partie des risques normaux d'exploitation.

6.3 On peut évoquer la casuistique suivante en matière de risques d'exploitation.

6.3.1 Dans le cas d'une société créée dans le but d'exécuter un important contrat, le Tribunal fédéral a considéré qu'en faisant ainsi dépendre sa viabilité économique d'un seul partenaire commercial, elle avait volontairement pris un risque calculé, lequel ne constituait pas un risque extraordinaire mais faisait partie des risques normaux d'exploitation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_603/2015 du 15 avril 2016 consid. 4.3). Notre Haute Cour a retenu que la perte du client principal à qui une entreprise livrait des pommes de terre depuis 30 ans relevait d'un risque économique normal, dès lors que les relations commerciales avec un client principal impliquaient le risque prévisible d'une perte du chiffre d'affaires en cas de modification de ces relations, et ce même si l'entente était bonne (arrêt du Tribunal fédéral 8C_291/2010 du 19 juillet 2010 consid. 4.3 et 4.4). Elle est parvenue à la même conclusion dans le cas d'une société ayant perdu un client représentant 40 % de son chiffre d'affaires (arrêt du Tribunal fédéral 8C_279/2007 du 17 janvier 2008 consid. 2.3). Les travaux de construction routière compliquant la circulation et l'accès à un commerce, sans les rendre impossibles, relèvent de situations qui surviennent régulièrement et peuvent affecter tout employeur, de sorte qu'elles n'ouvrent pas le droit à une indemnisation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 121/05 du 11 août 2005 consid. 3.2). Des fluctuations dans les prix et des reports de commandes font partie du risque normal d'exploitation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 189/02 du 15mars 2004 consid. 4). Un problème d'inexécution d'un contrat par le fournisseur d'une entreprise ne constitue pas une situation d'exception. Toute entreprise court en effet le risque d'être confrontée un jour ou l'autre à un retard ou un désistement d'un fournisseur ; cela fait partie des risques normaux d'exploitation (arrêt de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois du 29 juin 2015 ACH 6/15 - 97/2015). Les pertes de travail consécutives au décès accidentel du chanteur d'un groupe de rock relèvent du risque normal d'exploitation d'une société, dès lors que toute entreprise dont le succès est fondé sur une ou quelques personnalités y est exposée (ATF 138 V 333 consid. 4.2.3).

6.3.2 Le Bulletin LACI sur la réduction de l'horaire de travail dans sa teneur dès le 1er janvier 2022 prévoit à son chiffre D6 que font notamment partie des risques normaux d'exploitation les situations suivantes : les fluctuations régulières du carnet de commandes et les pertes de travail dues à des travaux de rénovation et de révision ; les variations du taux d'occupation engendrées par une situation concurrentielle tendue ; les pertes de travail dues, dans le secteur de la construction, à la nécessité de différer des travaux en raison de l'insolvabilité du maître d'ouvrage ou au retard d'un projet en raison d'une procédure d'opposition pendante ; les pertes de travail consécutives à la maladie, à un accident ou à d'autres absences de l'employeur ou d'un dirigeant. Selon le chiffre D5 de cette directive, le fait qu'un employeur concentre ses activités sur un gros client ou un client principal ne suffit pas à lui nier le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au motif que la baisse du carnet de commandes fait partie du risque normal d'exploitation. L'autorité devra s'opposer ultérieurement au versement de l'indemnité si l'entreprise ne rend pas vraisemblable que ce client lui passera prochainement de nouvelles commandes qui lui permettront de travailler à plein régime ou qu'elle trouvera de nouveaux débouchés.

7. 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 autorités 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).

8. Il convient d'examiner la décision de l'intimé à la lumière des principes qui précèdent.

8.1 En préambule, on doit souligner que la demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail est intervenue très peu de temps après le délai de deux ans généralement retenu pour déterminer si une entreprise est encore en phase de lancement, celle-ci ayant débuté son activité rémunératrice en tant que telle – soit la chaîne de production – en octobre 2020 seulement. On peut ainsi se demander si elle avait alors déjà atteint le rendement projeté, ou si elle se trouvait

encore en plein essor, ce qui pourrait également justifier le refus de versement des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Cette question peut cependant rester ouverte dans la mesure où le recours doit être rejeté pour les motifs suivants.

8.2 On notera en premier lieu que la réalisation d'une des conditions d'octroi des indemnités pour réduction de l'horaire de travail, soit la possibilité d'éviter des licenciements, paraît douteuse ici puisque deux collaboratrices se sont vu notifier leur licenciement avant que la décision sur opposition – déterminante au plan temporel pour apprécier les chances d'éviter le renvoi d'employés par le versement de ces prestations – ne soit rendue. En outre, selon les explications de la recourante, deux employés ont été engagés spécifiquement pour faire face à l'augmentation des commandes découlant de l'acquisition de deux gros clients, dont la perte ne pourra être aisément compensée malgré l'augmentation régulière de son carnet de commandes par l'acquisition de contrats portant sur des volumes d'affaires « standards ». On peut ainsi se demander si l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail suffirait à moyen ou long terme à pérenniser les rapports de travail sans la conclusion de nouveaux contrats particulièrement importants. Or, rien ne laisse présager la signature prochaine de tels accords, la recourante n'alléguant pas qu'elle aurait des perspectives concrètes à cet égard.

8.3 C'est de plus de manière conforme à la loi et à la jurisprudence que l'intimé retient que les écueils rencontrés par la recourante relèvent de risques normaux d'exploitation. En effet, la fin des relations contractuelles avec d'importants clients ne saurait être considérée comme un risque extraordinaire à la lumière de la jurisprudence. De plus, dans le cas d'espèce, il s'agissait de clients récemment démarchés, de sorte que les rapports commerciaux n'avaient pas un caractère particulièrement stable, contrairement à ce qu'allègue la recourante. Comme cela ressort de l'arrêt précité du 19 juillet 2010, la longévité de relations d'affaires n'est du reste pas un critère pertinent dans l'appréciation de la notion de risque usuel. Tout partenariat comprend le risque intrinsèque de ne pas s'avérer durable, *a fortiori* lorsqu'il est conclu comme en l'espèce avec une jeune société. La faillite d'un gros client – même s'il s'agit d'une clinique – ne peut pas non plus être considérée comme un événement exceptionnel dans le monde des affaires.

La recourante se prévaut du chiffre D5 du Bulletin LACI RHT. Cet argument ne lui est cependant d'aucun secours. En effet, ce point de la directive porte sur les pertes transitoires de travail, alors que l'entreprise peut escompter de nouvelles commandes dans le futur de son client. Or, tel n'est précisément pas le cas de la recourante, dont les relations avec ses deux principaux clients sont définitivement rompues. De plus, en toute hypothèse, cette directive, qui ne lie pas la chambre de céans, ne saurait s'écarter de la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence.

8.4 Compte tenu des éléments qui précèdent, la décision de l'intimé est conforme au droit et doit ainsi être confirmée.

9. Le recours est rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} LPGA *a contrario*).

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
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

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