

# **GE\_GERICHTE ATAS/234/2024 vom 3. April 2023**

GE Cour de justice, 2023-04-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_234\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_234_2024)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/234/2024 du 3 avril 2023

IT: GE\_GERICHTE ATAS/234/2024 del 3 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 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 (ci-après : la chambre de céans) 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.

### **E. 2**

Le litige porte principalement sur le droit de la recourante à l'octroi d'indemnités en cas de RHT du 1er septembre 2021 au 30 avril 2022.

### **E. 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).

#### **E. 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 influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les arrêts cités). Le droit d'être

A/2091/2022 - 6/10 - 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).

#### **E. 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. Pour le surplus, il sera relevé qu'il appartenait à la recourante de faire valoir l'ensemble de ses moyens et de démontrer la réalisation des conditions d'octroi de l'indemnité RHT, d'autant plus qu'elle était déjà représentée par un avocat lors du traitement de son opposition. Le grief de la recourante sera donc écarté.

#### **E. 4.1**

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) ;

A/2091/2022 - 7/10 - - 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).

#### **E. 4.2**

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.

#### **E. 4.3**

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 A/2091/2022 - 8/10 - 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).

#### **E. 4.4**

A teneur des ordonnances COVID-19 situation particulière, dans leurs versions successivement en vigueur pour la période concernée (1er septembre 2021 au 30 avril 2022), le télétravail n'était plus obligatoire, mais recommandé depuis le 26 juin 2021, voire fortement recommandé depuis le 6 décembre 2021, de même que dès le 3 février 2022. Depuis le 20 décembre 2021, le télétravail était à nouveau obligatoire, mais avec le bémol que lorsque les personnes devaient travailler sur site, le port du masque était obligatoire dans tous les locaux partagés accueillant plus d'une personne (cf. récapitulation de la modification des mesures nationales visant à endiguer le coronavirus en Suisse depuis décembre 2020, établi par l'OFSP, et ATAS/764/2022 du 2 septembre 2022 consid. 2.1).

#### **E. 4.5**

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).

#### **E. 4.6**

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. Durant la période litigieuse, le télétravail n'était plus obligatoire et il n'y avait plus de restrictions concernant son activité spécifique. Les chiffres d'affaires communiqués ne permettaient ni de se prononcer sur l'étendue de son activité ni sur une éventuelle perte de travail. Enfin, les parents conservaient le besoin de faire garder leur enfant, malgré et du fait du télétravail, et les enfants et adolescents avaient besoin de soutien scolaire, domaine dans lequel la recourante aurait pu prospecter.

A/2091/2022 - 9/10 - En l'occurrence, force est d'admettre, avec l'intimé, que l'existence d'une perte de travail n'est pas établie. La recourante n'articule en effet ni ne démontre aucun chiffre d'affaires s'agissant de la période pour laquelle elle demande l'indemnité en cas de RHT, les derniers chiffres énoncés, ressortant des documents complémentaires qu'elle a produits à l'appui de sa requête (pièce 5 recourante), se limitant à indiquer des chiffres d'affaires mensuels de janvier 2019 à août 2021. Elle n'a produit aucune nouvelle pièce tendant à démontrer son allégation dans son recours, alors même que l'absence de perte de travail était l'un des arguments principaux du refus de l'indemnité. Elle ne démontre pas non plus avoir concrètement cherché à diminuer son éventuel dommage en étendant ses prestations, comme elle se le proposait dans sa requête. Par ailleurs, la simple lecture des documents remis par la recourante à l'intimée permet de constater que le nombre de ses employées a effectivement évolué de cinq à six depuis sa première demande d'indemnité en cas de RHT. En outre, comme relevé par l'intimé, depuis le 8 septembre 2021, le télétravail n'était plus obligatoire et l'accès aux lieux de culture, installations de sport et de loisirs n'était pas limité pour les enfants de moins de 16 ans, les autres personnes devant être munies d'un certificat COVID-19 valide. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que la recourante n'ait pas eu la possibilité d'exercer son activité, que ce soit sous l'angle de la garde d'enfants, que sous celui de l'organisation d'évènements les concernant, dans le respect des restrictions alors en vigueur. 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. 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).

A/2091/2022 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.