

# **GE\_GERICHTE ATAS/524/2021 vom 31. Mai 2021**

GE Cour de justice, 2021-05-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_524\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_524_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/524/2021 du 31 mai 2021

IT: GE\_GERICHTE ATAS/524/2021 del 31 maggio 2021

## **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 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 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).

### **E. 3**

Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

### **E. 4**

La décision litigieuse porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT pour ses employés pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020. A cet égard, l'intimé a rendu, postérieurement à la décision litigieuse, une nouvelle décision de refus d'indemnité RHT pour la période courant dès le 20 novembre 2020. Cette décision du 23 novembre 2020 a reconsidéré la décision litigieuse pour la période dès le 20 novembre 2020 (art. 53 LPGA), de sorte que le présent litige ne porte que sur la période du 1er septembre 2020 au 19 novembre 2020.

### **E. 5**

a. Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut

A/4402/2020 - 7/14 - admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question. Une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à entraîner une indemnisation. Encore faut-il que cette perte se traduise par une diminution des heures travaillées (cf. RUBIN, op. cit., n. 4 ad art. 32 LACI). L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34

al. 1 LACI). L'indemnité en cas de RHT doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), étant précisé qu'un délai d'attente de deux à trois jours doit être supporté par l'employeur (art. 32 al. 2 LACI et 50 al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02], étant précisé que l'art. 50 al. 2 OACI a été supprimé temporairement en raison de la pandémie de coronavirus). b. Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a). Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). L'art. 32 al. 3 phr. 1 prévoit en outre que pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur. L'art. 51 OACI concrétise l'art. 32 al. 3 LACI en énumérant, à son al. 2, de façon non exhaustive (cf. ATF 128 V 305 consid. 4), différentes situations (notamment des mesures d'autorités) permettant de prendre en considération une perte de travail (interdiction d'importer ou d'exporter des matières premières ou des marchandises (let. a) ; contingentement des matières premières ou des produits d'exploitation, y compris les combustibles (let. b) ; restrictions de transport ou fermeture des voies d'accès (let. c) ; interruptions de longue durée ou restrictions notables de l'approvisionnement en énergie (let. d) ; dégâts causés par les forces de la nature (let. e). L'art. 51 al. 4 OACI précise encore que la perte de travail causée par un dommage n'est pas prise en considération tant qu'elle est couverte par une assurance privée. c. Les pertes de travail au sens de l'art. 51 OACI ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et

A/4402/2020 - 8/14 - économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (cf. art. 51 al. 1 OACI ; RUBIN, op. cit, n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], état au 1er janvier 2021, C3 et C4). La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des art. 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, lorsqu'en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, l'une des conditions de l'art. 33 LACI est

réalisée, par exemple en présence d'un risque normal d'exploitation, l'indemnisation est exclue (RUBIN, op. cit., n. 18 ad art. 32 LACI et n. 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a). Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; cf. aussi RUBIN, op. cit., n. 10 ad art. 33 LACI et les références citées). Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires, tel que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence, ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnisables. Dans le domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. Pour une entreprise qui traite essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques

A/4402/2020 - 9/14 - normaux d'exploitation (cf. RUBIN, op. cit., n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

## **E. 6**

a. En raison de la propagation de la COVID-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière » au sens de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; LEP - RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573) puis l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773) qui interdisait les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément cent personnes (art. 6 al. 1) et qui limitait l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à cinquante personnes (art. 6 al. 2). Après avoir qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEP, le Conseil fédéral a procédé à des modifications de cette ordonnance, notamment en interdisant toutes les manifestations publiques ou privées et en ordonnant la fermeture des magasins, des marchés, des restaurants, des bars, des discothèques, des boîtes de nuit et des salons érotiques (art. 6 al. 1 et 2), ainsi que notamment des fitness, piscine et centres de bien-être (art. 6 al. 2 let. d). Par ailleurs étaient également fermés les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tel que les salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (art. 6 al. 2 let. e). Les cabinets médicaux et ceux gérés par des professionnels de la santé ont pu rester ouverts moyennant la mise en place d'un plan de protection, mais ils ont dû renoncer à tous les traitements et intervention médicaux

non urgent jusqu'au 27 avril 2020 (art. 10). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Dès le 27 avril 2020, les prestataires proposant des services impliquant un contact physique comme les salons de coiffure, de massage, de tatouage et de beauté ont pu réouvrir moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. p selon la modification du 27 avril 2020). Dès le 6 juin 2020, les fitness, piscine et centre de bien-être ont pu réouvrir, moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6a, selon modification du 6 juin 2020). b. Sur le plan cantonal, dès le 1er novembre 2020, le service impliquant un contact physique avec la clientèle, tels que les esthéticiennes, ont été interdits (art. 13 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 1er novembre 2020 d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population). Dès le 18 novembre 2020, les établissements de remise en forme, et de bien-être ont été fermés (art. 11 al. 1 de l'arrêté du 18 novembre 2020 du Conseil d'Etat modifiant l'arrêté précité) et les personnes exerçant un service impliquant un contact physique avec la clientèle ont dû mettre en œuvre les mesures de protection (art. 14 de la version consolidée, état au 21 novembre 2020, de l'arrêté

A/4402/2020 - 10/14 - d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protections de la population), soit recevoir les clients ou les patients uniquement sur rendez-vous, éviter un contact entre ceux-ci et prévoir une distance d'au moins 1m50 entre eux (selon l'annexe 1). c. Durant la période litigieuse, l'Europe a subi une deuxième vague de COVID-19

([www.rts.ch/info/monde/12134711-comment-la-deuxieme-vague-de-covid19-a-submerger-leurope-html](http://www.rts.ch/info/monde/12134711-comment-la-deuxieme-vague-de-covid19-a-submerger-leurope-html)), laquelle a entraîné en Suisse des mesures restrictives de la part des autorités, notamment dans le cadre des activités en lien avec celle de la recourante (salon esthétique, centre de bien-être et de remise en forme). S'agissant de la situation à l'étranger et en particulier celle des pays qui importent les produits de la recourante, la deuxième vague du coronavirus les a également frappés, entraînant de nouvelles mesures de restriction pouvant toucher les activités en lien avec la commercialisation des produits de la recourante. Tel a, à cet égard, été le cas aux Etats-Unis, au Japon et à Taiwan ([www.courrierinternational.com/article/pandemie-lenfer-du-covid-la-deuxieme-vague-deferle-sur-les-etats-unis](http://www.courrierinternational.com/article/pandemie-lenfer-du-covid-la-deuxieme-vague-deferle-sur-les-etats-unis) ; [www.courrierinternational.com/revue-de-presse/pandemie-le-japon-en-proie-une-deuxieme-vague-de-covid-19](http://www.courrierinternational.com/revue-de-presse/pandemie-le-japon-en-proie-une-deuxieme-vague-de-covid-19) ; [www.franceinfo-fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-japon-singapour-taiwan-ces-pays-d-asie-qui-affrontent-une-nouvelle-vague-epidemie-4625935.html](http://www.franceinfo-fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-japon-singapour-taiwan-ces-pays-d-asie-qui-affrontent-une-nouvelle-vague-epidemie-4625935.html)).

## **E. 7**

S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoit qu'en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37 let. b LACI, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Cette disposition a effet jusqu'au 31 mars 2021 (art. 9 al. 6). Aucune modification n'a toutefois été apportée aux critères relatifs à la perte de travail à prendre en considération (art. 31 al. 1 let. b et 32 al. 1 et 3 LACI). Le 20 janvier 2021, le SECO a édicté la directive 2021/01 sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », laquelle remplace la directive

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

A/4402/2020 - 11/14 -

## **E. 8**

Dans la décision entreprise, l'intimé a nié le droit de la recourante aux indemnités en cas de RHT, au motif que la perte de travail n'était pas avérée depuis le 1er septembre 2020 ; il a relevé que dans le cadre du déconfinement progressif, l'activité devrait reprendre normalement dès que cela était possible et que la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit, comme tel, à l'indemnité, étant au surplus relevé que le site internet de la recourante n'était pas utilisable, de sorte qu'il n'était pas possible d'effectuer des commandes en ligne. Lors de l'audience de comparution personnelle du 29 mars 2021, l'intimé a précisé qu'il admettait la perte du chiffre d'affaires mais considérait que la diminution des commandes était limitée au litige qui opposait la recourante à un distributeur américain et qu'il était attendu de la recourante qu'elle recherche de nouveaux marchés et trouve de nouvelles opportunités. La recourante fait valoir que depuis mars 2020, elle a perdu 70 % de son chiffre d'affaires, que les commandes opérées par les distributeurs ont chuté en raison de la pandémie, que le litige avec un distributeur américain a débuté plusieurs mois avant la pandémie et que, d'entente avec les distributeurs, elle avait, pendant la pandémie, mis en place un système de drop-shopping, en faisant une avance de produits au bénéfice des clients, dans le but de maintenir les ventes.

## **E. 9**

a. Il convient en premier lieu d'examiner si la recourante a subi une perte de travail, ce que l'intimé conteste en expliquant qu'elle n'est pas avérée. A cet égard, la recourante a produit un tableau des heures travaillées montrant un chiffre de 16'665 en 2018 et 15'493.50 en 2019 (dont 4'677.75 tant pour la période septembre à novembre 2018 que septembre à novembre 2019). S'agissant de l'année 2020, le nombre d'heures travaillées a été de 1'212.76 pour la période septembre à novembre, soit une perte de travail de 74 %. Compte tenu de ces éléments, il convient d'admettre que les employés de la recourante ont subi une perte de travail. Il convient également d'admettre que les pertes de travail sont consécutives à des mesures prises par les autorités, l'employeur ayant été indirectement empêché d'exercer une activité économique, de sorte que 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. En effet, le ralentissement, voire la fermeture temporaire de certaines activités comme les soins esthétiques ou de physiothérapie, tant en Suisse qu'à l'étranger, ont entraîné la chute de commandes de la part des clients de la recourante, dont les produits sont essentiellement destinés à ces deux prestataires de soins, ce qui a d'ailleurs été admis, dans un premier temps, par l'intimé pour la période du 16 mars au 15 septembre 2020. Comme relevé par la recourante, les diverses mesures imposées par les plans de protection (telle que, pour Genève, la nécessité d'éviter un contact entre les patients et de prévoir une distance d'au moins 1m50 entre eux, ainsi que, de façon générale

la nécessité de désinfecter fréquemment le lieu de

A/4402/2020 - 12/14 - travail) ont également freiné l'activité des prestataires de soin. Cette situation ressort des mesures restrictives précitées prises tant par le gouvernement suisse que par les gouvernements étrangers, au regard de la pandémie, en particulier lors de la deuxième vague qui s'est produite en automne 2020, soit durant la période litigieuse. A cet égard, l'intimé ne conteste pas que l'activité des clients auxquels les produits de la recourante sont destinés a été drastiquement réduite tant en Suisse qu'à l'étranger, en raison des mesures prises par les gouvernements concernés. Cependant, 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, en particulier en présence d'un risque normal d'exploitation (al. 1 let. a). 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 du 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. En l'occurrence, malgré un litige de plusieurs mois entre la recourante et un distributeur américain et les difficultés en résultant pour la recourante, soit une baisse du nombre de commandes globales en provenance de l'étranger, la recourante a honoré une commande du distributeur américain en cause encore en octobre 2020. On ne saurait dès lors lui reprocher d'avoir stopper entièrement sa production en octobre 2020 en raison de ce litige, contrairement à ce qu'a affirmé l'intimé, ni d'avoir ce faisant augmenté son dommage. b. Reste à examiner si la recourante aurait pu éviter les pertes de travail par des mesures appropriées et économiquement supportables. L'intimé estime en effet que la recourante aurait dû rechercher de nouveaux marchés, trouver de nouvelles opportunités et rendre accessible son site internet. A cet égard, la recourante a expliqué qu'elle avait déjà, avant la pandémie, débuté le projet de vente de ses produits sur Amazon et que le processus, qui était lent et compliqué en raison des nombreuses autorisations sollicitées par chaque pays concerné, était en phase d'être finalisé ; quant à la diversification et le lancement de nouveaux produits, il s'agissait également de longs processus ; s'agissant du site internet, les ventes par ce biais ne correspondaient qu'à 0,1 % des ventes totales, en raison du fait que les produits étaient distribués par le biais de contrats d'exclusivité à des distributeurs étrangers et que même la plupart des clients suisses effectuaient leurs commandes directement auprès de l'entreprise, sans passer par le site internet. On ne saurait, dans ces conditions, reprocher à la recourante de ne pas avoir pris des mesures appropriées et économiques supportables pour éviter la perte de travail, ce d'autant qu'elle a mis en place un système, en accord avec les distributeurs, de drop-shopping visant à continuer l'écoulement de ses produits.

A/4402/2020 - 13/14 - Les conditions posées par la loi pour accorder des indemnités en cas de RHT sont ainsi réunies pour la période du 1er septembre au 19 novembre 2020, étant constaté que l'intimé l'a déjà, dans un premier temps, admis pour la période du 1er au 15 septembre 2020. Cependant, la quotité de la perte de travail n'étant pas clairement établie, la recourante ayant indiqué une perte de travail d'abord de 100 %, puis de 85 %, tout en fournissant des chiffres d'heures travaillées établissant une perte de 74 %, il incombera à la caisse de chômage de fixer la hauteur des indemnités dues.

## **E. 10**

Partant, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et il sera dit que la recourante a droit à l'indemnité RHT du 1er septembre au 19 novembre 2020. Vu l'issue du

litige, une indemnité de CHF 1'500.- sera accordée à la recourante à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPG; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]), à charge de l'intimé.

A/4402/2020 - 14/14 - 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.