

# **GE\_GERICHTE A/452/2021 vom 9. Juni 2022**

GE Cour de justice, 2022-06-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_452\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_452_2021)

FR: GE\_GERICHTE A/452/2021 du 9 juin 2022

IT: GE\_GERICHTE A/452/2021 del 9 giugno 2022

## **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 1<sup>er</sup> janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1<sup>er</sup> 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 et dans les formes, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités RHT pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin au 31 juillet 2020.

### **E. 5**

#### **E. 5.1**

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). 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 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 COVID-19).

### **E. 5.2**

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.

### **E. 5.3**

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 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 SECO, état au 1<sup>er</sup> 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, tels 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 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. 6.1**

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 du 28 septembre 2012 (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 (RS 818.101.24 ; RO 2020 573) puis l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RS 818.101.24 ; 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). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Les magasins et marchés ont pu rouvrir dès le 11 mai 2020 (RO 2020 1401).

### **E. 6.2**

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 1<sup>er</sup> mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoyait, à son art. 8 b al. 1 que 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. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2020 (RO 2020 3569). Quant à l'art. 8 c de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, il 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. Cette disposition a été abrogée par modification du 12 août 2020, avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2020 (RO 3569).

### **E. 7.1**

En l'espèce, l'intimé s'oppose au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que la société avait l'intention de licencier son personnel au moment du dépôt de la demande de préavis, le 9 mai 2020.

### **E. 7.2**

La recourante, de son côté, allègue que nonobstant le début de la consultation devant précéder un éventuel licenciement collectif, la décision formelle de licenciement n'avait été prise qu'en date du 7 juillet 2020, ce qui implique que le droit aux indemnités RHT doit lui être accordé pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin au 31 juillet 2020.

### **E. 7.3**

Par licenciement collectif, on entend, au sens de l'art. 335d de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de trente jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est au moins : égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs (ch. 1) ; de 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs (ch. 2) ; égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs (ch. 3). L'art. 335f CO impose à l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. Il doit leur donner, au moins, la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. Il est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, tous les renseignements utiles à cet effet et de leur communiquer en tout cas par écrit : a. les motifs du licenciement collectif ; b. le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ; c. le nombre des travailleurs habituellement employés ; d. la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés. L'employeur a également l'obligation de transmettre à l'office cantonal du travail une copie de la communication prévue à l'al. 3. Selon l'art. 335g CO, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif et de transmettre à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, une copie de cette notification. La notification doit contenir les résultats de consultation de la représentation des travailleurs (art. 335f CO) ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif. Si le contrat de travail est résilié dans le cadre

d'un licenciement collectif, les rapports de travail prennent fin trente jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur (al. 4).

#### **E. 7.4**

En l'occurrence, c'est par courrier du 28 mai 2020 que la société a informé l'autorité du projet de licenciement collectif, conformément à l'article 335g CO, étant précisé qu'il était projeté de licencier environ 90 % du personnel, soit plus de 100 personnes mais moins de 300, ce qui entrerait dans le cadre d'un licenciement collectif, selon l'art. 335d ch. 2 CO. Il est dès lors établi que la société a informé l'autorité, dès ce moment, qu'elle envisageait de licencier le personnel de l'hôtel, même si les conditions instaurées par l'art. 335g CO l'obligeaient, avant que le licenciement ne puisse suivre son cours, à consulter les travailleurs et les syndicats. Selon la directive 2020/12 du SECO, applicable avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> mars 2020 et jusqu'au 31 décembre 2020, ch. 2.26, l'autorité, si elle dispose d'indices suffisants laissant croire à une fermeture imminente ou effective de l'entreprise doit alors, même si la RHT a été approuvée, suspendre provisoirement les versements, la condition du caractère temporaire de la perte de travail et du maintien des emplois n'étant pas ou plus remplie. Sur ce dernier point, la directive renvoie au bulletin LACI RHT ch. B23 du SECO qui stipule que, lorsque des indices concrets laissent présumer que la RHT n'est qu'une étape préliminaire à une fermeture programmée de l'entreprise (ouverture de la faillite, liquidation concordataire), la condition du caractère temporaire de la perte de travail et du maintien des emplois n'est pas ou plus remplie. Lorsque la caisse de chômage apprend l'imminence de la fermeture d'une entreprise, elle doit suspendre le versement de l'indemnité, même si la RHT a été approuvée, et soumettre le cas à l'autorité cantonale. Si l'examen approfondi révèle que la fermeture de l'entreprise n'a pas eu lieu et n'est pas davantage prévue, l'autorité cantonale est tenue d'avertir la caisse de chômage que la perte de travail est toujours à considérer comme provisoire. Si les autres conditions que la caisse de chômage doit vérifier sont remplies, cette dernière annule à nouveau la suspension des versements. Dans le cas contraire, la suspension des versements est maintenue. Pour pouvoir juger d'une fermeture prévisible de l'entreprise, il doit y avoir des indices évidents (par exemple procès-verbaux des séances du conseil d'administration ou décisions prises par la direction), sur la base desquels il est manifeste que l'entreprise a prévu de cesser ses activités. L'autorité cantonale doit annuler la décision, jusqu'alors positive, concernant l'indemnité en cas de RHT, une fois que la fermeture de l'entreprise a été décidée (révision procédurale ou reconsidération). La restitution des indemnités en cas de RHT peut uniquement être demandée pour la période à partir de laquelle la décision positive a été annulée. Selon le bulletin LACI RHT ch. B24-B25, la RHT n'est pas approuvée lorsque l'entreprise requérante est en sursis concordataire. À partir du moment où le sursis concordataire a été accordé, l'indemnité n'est plus payée. L'autorisation et le paiement de RHT n'est admissible durant une procédure concordataire que si l'entreprise rend vraisemblable, à l'aide de moyens de preuve ad hoc (demande de sursis, projet de concordat, attestation du commissaire au sursis, etc.) que les emplois touchés par la RHT pourront être maintenus même si une procédure concordataire est en cours. La RHT ne peut être autorisée et les indemnités correspondantes payées que si le sursis concordataire a été levé et que la faillite est écartée. Il résulte de ce qui précède que le principe est celui de la suspension du paiement des indemnités, jusqu'à droit connu sur le fait que l'entreprise va cesser, ou non, ses activités. Une fois que la décision de cessation

des activités est établie, l'autorité doit annuler la décision, jusqu'alors positive, concernant l'indemnité en cas de RHT, par la voie de la révision procédurale ou reconsidération, car la perte de travail n'est plus provisoire mais définitive.

#### **E. 7.5**

En l'occurrence, l'OCE a procédé différemment ; il n'a pas accordé, dans un premier temps, son préavis favorable puis suspendu le paiement des indemnités RHT, mais il a différé la prise de décision par rapport à la demande d'indemnités RHT de la société, jusqu'à droit connu sur la fermeture de l'entreprise. Ce faisant, il est parvenu au même résultat que celui préconisé par le ch. B23 du bulletin LACI RHT susmentionné, à savoir, prendre une décision en connaissance de cause de la fermeture, mais sans passer par le mécanisme de la reconsidération dès lors qu'il n'avait pas pris de décision positive consécutivement à la demande de préavis du 9 mai 2020. Si l'autorité avait donné immédiatement une suite favorable à la demande du 9 mai 2020, elle aurait été en droit de suspendre le paiement des RHT, dès le 28 mai 2020 – moment où elle a appris par courrier le projet de licenciement collectif – puis, dès le 7 juillet 2020 – date de la prise de décision définitive de fermer l'hôtel – elle aurait pu prendre une décision de reconsidération, annulant la précédente décision positive. En lieu et place, l'OCE n'a pas donné de suite positive à la demande de préavis de la recourante du 9 mai 2020, pour l'obtention d'indemnités RHT, dès le 1<sup>er</sup> juin 2020 ; elle a rendu directement une décision négative, en date du 28 août 2020, dénuée d'incertitude, dès lors que la fermeture de l'hôtel avait été décidée le 7 juillet 2020. Compte tenu de ce qui précède, il est vain de tenter d'établir à quel moment exactement la décision de fermeture de l'hôtel et de licenciement collectif a été prise ; il faut et il suffit de constater qu'avant que la période d'octroi des indemnités RHT demandées par la société n'ait commencé, soit avant le 1<sup>er</sup> juin 2020, l'autorité était déjà en droit de suspendre le paiement des RHT suite à la communication de la société du 28 mai 2020 et en droit d'annuler une éventuelle décision positive, sur reconsidération, dès après le 7 juillet 2020. C'est le lieu de rappeler que, selon le Tribunal fédéral, pour trancher le point de savoir si la perte de travail est vraisemblablement temporaire et si les emplois pourront être maintenus, il y a lieu d'apprécier de façon prospective les circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 373 s. consid. 2a ; DTA 1989 n. 12 p. 124 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 292/03, du 2 novembre 2004 consid. 3.1). Or, dans le cas d'espèce, au moment où l'intimé a rendu sa première décision, à savoir le 28 août 2020, la décision de licencier le personnel était déjà connue de l'OCE, point n'était besoin d'apprécier de façon prospective les circonstances, ces dernières étant déjà passées. Ce raisonnement est valable, a fortiori, en ce qui concerne la décision sur opposition querellée du 7 janvier 2021.

#### **E. 8**

Le recours sera donc rejeté.![endif]>![if>

#### **E. 9**

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version - applicable en l'occurrence - en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).![endif]>![if> 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.