RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1345/2020 **ATAS/156/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 février 2022

1ère Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sise à GENÈVE	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_____ SÀRL (ci-après : la société), inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 2015, a pour but « toutes activités dans les domaines de la promotion artistique et commerciale, de la communication, du marketing, de l'organisation et de la gestion événementielle, import et export de tous produits de consommation dans un but de commercialisation, gestion de buvettes et autres établissements analogues ».

b. Le 30 mars 2020, Madame B_____, associée-gérante de la société (ci-après : l'associée-gérante), a déposé pour celle-ci une demande auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), visant à l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT). Elle a annoncé une perte de travail pour un travailleur.

B. **a.** Par décision du 30 mars 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité RHT, limité toutefois à six mois, soit du 30 mars au 29 septembre 2020.

b. L'associée-gérante a formé opposition le 8 avril 2020. Elle conteste la date d'octroi de l'indemnité RHT, alléguant que son établissement avait fermé depuis le 16 mars 2020 et que le droit à l'indemnité RHT avait été étendu de manière rétroactive au 17 mars 2020. Elle précise qu'elle n'a pas pu agir avant le 30 mars 2020, « car je n'étais pas éligible au chômage étant salariée de ma propre entreprise, puis l'ancien formulaire RHT demandait mon bilan 2019, ce que mon comptable m'a fourni après quelques jours de travail pour finalement n'avoir besoin de remplir une demande simplifiée ».

c. Par décision du 20 avril 2020, l'OCE a rejeté l'opposition. Il rappelle que la société n'exploite pas un établissement public visé par l'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19 et n'a donc pas été contrainte de fermer ses locaux. Aussi l'octroi de l'indemnité RHT ne peut-il débuter qu'à la date du dépôt de la demande, soit le 30 mars 2020.

C. **a.** L'associée-gérante a interjeté recours le 28 avril 2020 contre ladite décision. Elle explique que :

« Je gère, avec un collègue travaillant à 80% - et qui n'a pas arrêté son activité durant le confinement - deux espaces publics, dont l'un est situé à la rue C_____ 16 de 150 m^2 et à la rue D_____ 2 de 550 m^2. Une partie du travail de ma société consiste à mettre à disposition des locaux à des indépendants et faire la promotion de leurs activités via différents moyens de communication. Une autre partie consiste à exploiter directement les locaux : la restauration et l'organisation d'évènements et la partie de location de bureaux d'indépendants. (…). Environ 80% des activités de ma société ont été interdits depuis le 17 mars 2020, raison pour laquelle je me suis permise de faire une demande partielle de réduction de

temps de travail auprès du chômage. Ma collègue a continué à travailler à 80% pour gérer la partie restante administrative et la communication ».

L'associée-gérante a établi un plan des locaux qu'elle a coloriés selon qu'ils sont liés aux activités autorisées durant le confinement, aux activités partiellement autorisées et aux activités interdites, respectivement en vert, jaune et rouge.

b. Dans sa réponse du 18 juin 2020, l'OCE a rappelé que le but de la société était de mettre à disposition des locaux à des indépendants, de sorte que les loyers provenant de ces locations sont dus à la société, considéré que la société n'apportait aucun élément nouveau dans son recours et conclu au rejet du recours.

c. Par courrier du 31 décembre 2020, l'associée-gérante a précisé que « mon activité est également dans la restauration. L'espace représente 80 m^2. Je gère la partie : élaboration des plats, service en caisse et gestion des stocks et communication ».

d. Constatant qu'une partie de l'activité de la société concernait également la restauration, la chambre de céans a demandé à l'OCE pour quelle raison il n'en avait pas tenu compte. L'OCE a répondu le 7 janvier 2021 que le plan des locaux ne lui permettait pas d'établir à satisfaction de droit que la société avait dû fermer sur ordre des autorités.

e. La chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 6 avril 2021. L'associée-gérante a expliqué que

« Le nom de la société vient de "E_____", nourriture du corps et de l'esprit, et de "G_____", lieu de trouvailles. Notre but est de soutenir des indépendants, des artistes dans des lieux de vie à travers des événements. Nous disposons de 300 m^2 pour accueillir des évènements qui peuvent être des événements publics, privés, culturels, etc. Il peut s'agir d'évènements à but lucratif, à but non lucratif, et à but lucratif limité. Certaines personnes ont des espaces fixes, si elles veulent organiser une manifestation, elles bénéficient de réductions. Nous avons à la rue D_____ un espace de 100 m^2 pour la restauration et des événements, par exemple des conférences. Il y a un bar dans cet espace. Nous pouvons accueillir une cinquantaine de places assises. Nous avons commencé au début de l'année 2020 à servir un plat du jour végétarien composé de salades, soupes et tartines. C'est moi qui m'en occupais. Tout est froid, sauf les soupes. Les personnes qui occupent ces locaux peuvent être amenées à aider à l'organisation des locaux. Il s'agit là d'un échange de services et la location est gratuite. Il y a, d'une part, les espaces fixes payants pour lesquels les usagers ont la clé, et, d'autre part, des espaces nomades gratuits pour lesquels les usagers aident à diverses choses dans le cadre de la totalité des locaux.
Je n'ai pas de serveurs. C'est donc moi qui m'occupais de tout. Autrement dit, la restauration occupait la plus grande partie de mon temps.
Avant, je faisais venir des traiteurs. J'ai voulu ensuite privilégier les produits locaux dans le but de développement durable. Cette activité de restauration se

développait. Il y avait environ 15 à 20 personnes tous les jours. Il s'agissait plus particulièrement des personnes fréquentant les lieux, mais aussi des personnes venant de l'extérieur. Le soir, il y avait un peu plus de monde dû à la partie bar qui n'était ouverte que lorsqu'il y avait des événements. Lorsque toutes les places fixes sont occupées, le gain y relatif ne couvre pas mes charges fixes, de sorte que la partie restauration et événementielle m'est indispensable. Les personnes occupant les espaces fixes qu'elles aient été arrêtées ou non dans leurs activités continuent à me devoir les forfaits.
Je réalisais environ CHF 5'000.- de salaire mensuel soumis à cotisations AVS. Depuis la pandémie, les rentrées ne couvrent pas les charges fixes. Je n'ai donc plus de salaire. Je vis actuellement sur mes économies. Mon chiffre d'affaires était de CHF 350'000.-. Mes charges fixes s'élèvent à CHF 25'000.- par mois. J'arrive à assumer une partie seulement de ces charges fixes grâce aux forfaits des espaces fixes. Me manquent les parties restauration et évènementielle.
Nous avons une cuisine, mais elle n'a pas de ventilation, car ça nous aurait coûté trop cher (CHF 35'000.-). C'est la raison pour laquelle je préférais faire appel à des traiteurs en cas d'événements ponctuels. Nous ne pouvons que réchauffer dans notre cuisine. Nous avons, par exemple, accueilli l'orchestre H_____, I_____, la banque J_____.
J'ai une patente pour la restauration depuis 4-5 ans ».

f. Sur demande de la chambre de céans, l'associée-gérante a produit, par courrier déposé au guichet le 20 avril 2021, un chargé complémentaire comprenant une présentation de la société, les espaces non exploitables à partir du 17 mars 2020, le dossier de presse de la société, un business plan au 1er janvier 2018, un document de la FER CIAM mentionnant les revenus soumis à cotisation de l'associée-gérante pour les années 2017 à 2019, les bilans et comptes de résultats 2017, 2018 et 2019, l'organisation interne des bénévoles, la charte et le CV de l'associée-gérante avant la création de la société.

g. Invité à se déterminer, l'OCE a déclaré qu'il maintenait sa décision sur opposition du 20 avril 2020, tout en laissant le soin à la chambre de céans de déterminer si une perte de travail partielle pouvait être reconnue en l'espèce. Il a en effet constaté, sur la base des documents produits, que si la gestion financière de la société en 2019 semblait maîtrisée, son taux d'endettement était très élevé. Il a par ailleurs considéré qu'il n'était pas possible de déterminer si la perte de travail de 100% invoquée par l'associée-gérante correspondait à la réalité, dès lors que même si la partie « restauration » de l'espace de la société avait dû fermer, il n'était pas vraisemblable que cela représentait le 100% de l'activité de l'associée-gérante.

h. Par courrier du 8 novembre 2021, l'associée-gérante a, sur demande de la chambre de céans, transmis le compte de résultat et le bilan 2020 de la société.

i. L'OCE a indiqué le 3 janvier 2022 qu'il ne modifiait pas ses conclusions.

j. Sur ce, 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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

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

3. Le litige porte sur la date à compter de laquelle la société a droit à l'indemnité RHT.

4. 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. L'indemnité s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI).

Selon l'art. 36 al. 1 LACI, 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.

Compte tenu de l'art. 58 al. 4 OACI, il doit être considéré que le respect des délais de préavis est une condition formelle du droit. Il s'agit d'un délai de déchéance (ATF 110 V 335 ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). Le délai de préavis ne peut être ni prolongé ni suspendu, mais il peut être restitué en présence d'une raison valable (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). L'inobservation du délai n'entraîne toutefois

pas la péremption générale du droit, mais uniquement son extinction pour la période donnée, le début du droit étant reporté de la durée du retard (ATF 110 V 335 ; voir également arrêt du Tribunal fédéral des assurances C_20/98 du 15 septembre 2000 consid. 1c ; RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36). Dans l'hypothèse d'un préavis tardif, il appartient à l'autorité cantonale de s'opposer partiellement au versement de l'indemnité (RUBIN, op. cit., n° 11 ad art. 36 ; Bulletin LACI RHT G7 ad art. 36).

Si une demande ne respecte pas les exigences de forme ou si elle est remise à un organe incompétent, la date à laquelle elle a été remise à la Poste ou déposée auprès de cet organe est déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques de la demande (art. 29 al. 3 LPGA).

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).

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).

5. **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 édicté 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 limitait notamment 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 ordonnant la fermeture des restaurants (art. 6 al. 2 let. b). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Elle a été abrogée avec effet au 11 mai 2020 (RO 2020 1499). Dès cette date, les restaurants ont pu rouvrir à condition de disposer d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. b^{bis}) et pour autant que les consommations soient prises assises, que le nombre de clients soit limité à quatre personnes à table et que les établissements restent fermés entre 00h00 et 06h00 (art. 6 al. 3^{bis}). L'ordonnance 2 COVID-19 a été abrogée le 22 juin 2020 (RO 2020 773).

Le 19 juin 2020, à la suite d'une diminution du nombre de nouveaux cas, le Conseil fédéral a requalifié la situation extraordinaire en situation particulière et restructuré ses mesures notamment en édictant l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (Ordonnance COVID-19 situation particulière – RS 818.101.26). Il a en particulier levé l'obligation de rester assis dans les restaurants et la limitation des horaires d'ouverture de ceux-ci.

Le 18 octobre 2020, le Conseil fédéral a notamment imposé le port du masque facial dans les espaces clos accessibles au public des installations et des établissements, y compris les restaurants sauf si les clients sont assis à une table (art. 3b al. 1 et 2 let. c de l'ordonnance COVID-19 situation particulière) et imposé que les aliments et boissons soient consommés uniquement à des places assises (art. 5a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 19 octobre 2020 (RO 2020 4159).

Le 28 octobre 2020, le Conseil fédéral a étendu l'obligation du port du masque aux espaces publics extérieurs des installations et établissements (art. 3b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière), limité le nombre de clients à quatre par table dans les restaurants et imposé leur fermeture entre 23h00 et 06h00 (art. 5a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 29 octobre 2020 (RO 2020 4503).

Le 12 décembre 2020 est entrée en vigueur une modification de l'ordonnance COVID-19 situation particulière prévoyant que les établissements de restauration devaient demeurer fermés entre 19h00 et 06h00 (art. 5a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Tout canton pouvait toutefois prévoir d'étendre ces heures d'ouverture si les capacités hospitalières étaient garanties, que le taux de reproduction effectif du virus était inférieur à 1 durant au moins sept jours consécutifs et que le nombre de nouvelles infections par 100'000 personnes était inférieur à la moyenne suisse au cours des sept derniers jours également ; le cas échéant, il pouvait décider que les établissements de restauration restaient ouverts au plus tard jusqu'à 23h00 (art. 7 al. 2 et 3 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière).

Le 18 décembre 2020, le Conseil fédéral a procédé à une modification de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, entrée en vigueur le 22 décembre 2020, et a notamment interdit l'exploitation des établissements de restauration (art. 5a al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière), sous réserve des allègements pouvant être ordonnés par les cantons au sens de l'art. 7 al. 2 et 3 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière (RO 2020 5813).

Le 9 janvier 2021, le Conseil fédéral a abrogé l'art. 7 al. 2 et 3 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière sur les exceptions cantonales concernant notamment l'ouverture des établissements de restauration (RO 2021 2).

b. Sur le plan cantonal, le Conseil d'État a adopté, le 1er novembre 2020, l'arrêté d'application de l'ordonnance COVID-19 situation particulière et sur les mesures de protection de la population (ci-après : l'arrêté COVID-19), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 novembre 2020, qui, à son art. 11 al. 1 let. d a ordonné la fermeture des installations et établissements offrant des consommations, notamment bars, cafés-restaurants, cafeterias, buvettes et établissements assimilés ouverts au public. Selon l'al. 2 de cette disposition, font exception à l'obligation de fermeture résultant de l'al. 1 les magasins d'alimentation et autres points de vente et étals de marchés qui vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante. Cet arrêté est entré en vigueur le 2 novembre 2020.

Le 7 décembre 2020, publié dans la FAO du même jour, le Conseil d'État a abrogé l'art. 11 al. 1 let. d de l'arrêté COVID-19 avec effet au 10 décembre 2020 à 00h01 (art. 2 al. 2 de l'arrêté du Conseil d'État du 7 décembre 2020).

6. 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 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 1er 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 1er septembre 2020 (RO 3569).

Le 19 mars 2021, l'Assemblée fédérale a adopté l'art. 17b de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19 – RS 818.102). D'après son al. 1er, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, aucun délai de préavis ne doit être observé pour la réduction de l'horaire de travail. Le préavis doit être renouvelé lorsque la réduction de

l'horaire de travail dure plus de six mois. À partir du 1er juillet 2021, une réduction de l'horaire de travail pour une durée de plus de trois mois ne peut être autorisée que jusqu'au 31 décembre 2021 au plus tard. Toute modification rétroactive d'un préavis existant doit faire l'objet d'une demande auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

D'après le ch. III al. 7 de la modification du 19 mars 2021 à la loi COVID-19 (RO 2021 153), l'art. 17b al. 1 entre en vigueur rétroactivement le 1er septembre 2020 et a effet jusqu'au 31 décembre 2021.

Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi COVID-19 du 17 février 2021 que l'art. 17b crée une disposition directement applicable qui, après son entrée en vigueur, n'a pas besoin d'être mise en œuvre dans l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. L'al. 1, 1ère phr. supprime totalement le délai de préavis pour toutes les entreprises. Le début de la réduction de l'horaire de travail pourra être autorisé à partir de la date du préavis pour autant que toutes les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité soient remplies. Par ailleurs, selon l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis doit être renouvelé et la réduction de l'horaire de travail autorisée de nouveau si celle-ci dure plus de trois mois. L'al. 1, 2ème phr. de l'art. 17b de la loi COVID-19 prévoit que l'autorisation de réduction de l'horaire de travail émise par l'autorité cantonale sera désormais valable pendant six mois. Autrement dit, l'entreprise ne devra renouveler le préavis que si la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Cette réglementation allègera la charge administrative des entreprises et des organes d'exécution (FF 2021 285, p. 29s.).

7. Dans sa directive 2020/06 du 9 avril 2020, le SECO a précisé que pour les demandes déposées en retard, le 17 mars 2020 est considéré comme la date de réception, si l'entreprise a dû fermer en raison des mesures prises par les autorités et qu'elle a déposé sa demande avant le 31 mars 2020 (date de réception / cachet de la Poste).

La chambre de céans a jugé dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020) qu'en admettant la rétroactivité des demandes déposées avant le 31 mars 2020, le SECO avait adopté une pratique contraire à l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités en cas de RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. Il ressortait de l'interprétation de l'art. 8b précité que le Conseil fédéral avait supprimé le délai de préavis, mais pas le préavis lui-même. En d'autres termes, une indemnisation pour RHT devait toujours être annoncée à l'avance, même en application de l'art. 8b. Ainsi, entre le 17 mars et le 31 mai 2020, lorsqu'il avait l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, l'employeur ne devait plus respecter un délai de préavis de 10 jours avant d'introduire la RHT. Cela étant, il restait tenu d'aviser l'autorité cantonale, par écrit, avant le début de la RHT en question, le droit aux indemnités ne pouvant naître rétroactivement à l'avis. Pendant cette

période particulière, la date du préavis correspondait ainsi au début de la RHT et au début de l'indemnisation.

8. En l'espèce, l'OCE n'a reconnu le droit de la société à l'indemnité RHT qu'à compter du 30 mars 2020, soit dès la date du dépôt de sa demande, considérant que le but de la société étant de mettre à disposition des locaux à des indépendants, celle-ci n'avait pas eu l'obligation de fermer. Il s'est en effet fondé sur la directive 2020/06 du 9 avril 2020, aux termes de laquelle il n'est possible de rétroagir au 17 mars 2020 que si l'entreprise a dû fermer en raison des mesures prises par les autorités.

9. Il y a d'emblée lieu de constater que l'activité de la société, de location, n'est pas exercée dans le cadre d'un établissement public visé par l'art. 6 COVID. Les personnes occupant les espaces fixes, qu'elles aient été ou non arrêtées dans leurs activités, ont en effet continué à payer les forfaits convenus à la société, à hauteur de CHF 25'000.-. L'associée-gérante ne le conteste pas. Elle explique toutefois que la société dispose d'un espace de 100 m^2 à la rue D_____ pouvant accueillir une cinquantaine de personnes pour la restauration et l'organisation d'évènements et précise que la restauration occupe de ce fait la plus grande partie de son temps.

Après que l'associée-gérante ait été entendue en comparution personnelle le 6 avril 2021 et produit un chargé complémentaire le 20 avril 2021, l'OCE a finalement déclaré par courrier du 10 mai 2021, qu'il était difficile de se faire une opinion claire de la situation s'agissant du volet restauration de l'activité de la société et a laissé ouverte la question de savoir si une perte de travail pouvait être reconnue.

10.

10.1 Il convient ainsi de déterminer si cette activité de restauration et d'organisation d'évènements alléguée par l'associée-gérante peut ou non être assimilée à l'exploitation d'un établissement public visé par l'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19 et pour lequel l'obligation de fermeture a été ordonnée.

10.2 Selon l'associée-gérante, « environ 80% des activités de ma société ont été interdites depuis le 17 mars 2020 ».

10.3 La restauration ne constitue certes pas un des principaux buts visés par la société, se voulant être avant tout « un espace qui abrite des professionnels de divers horizons, une pépinière de créativités qui s'attache à promouvoir les artistes et les indépendants émergeants, un lieu inclusif où règne une atmosphère de tolérance et de collaboration ».

Il apparaît toutefois des comptes de résultat de la société les chiffres suivants :

	2019	2020
- Chiffre d'affaires net	CHF 350'210.83	CHF 345'797.05
- Vente-bar	CHF 40'582.68	CHF 49'553.08
- Vente-partenaires	CHF 10'705.89	CHF 4'930.-
- Forfait partenaires	CHF 303'684.75	CHF 291'069.12
- Salaires	CHF 71'809.60	CHF 69'424.55

Il en résulte que deux rubriques sont consacrées, l'une à la « vente-bar », soit les produits relatifs à la restauration, et la seconde à la « vente-partenaires », soit les locations ponctuelles d'espaces pour divers évènements, et s'élèvent au total à CHF 51'288.57 pour 2019 et à CHF 54'483.08 pour 2020.

On peut dès lors considérer, au vu de ces rubriques, d'une part, qu'une activité de restauration est bel et bien exercée au sein des locaux, plus particulièrement au 2, rue D_____, selon le plan produit par l'associée-gérante et ses explications, ce d'autant plus que cette dernière est titulaire d'une patente d'exploitation d'un établissement public selon la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement, et, d'autre part, que des espaces sont également loués pour des workshops, des séminaires, ou autres événements.

Or, la restauration et les évènements pour lesquels des espaces sont mis ponctuellement à disposition ont été interdits pendant la pandémie. On peut, partant, admettre que l'activité de restauration et de locations de ces espaces est assimilable à celle d'un établissement dont l'autorité a ordonné la fermeture.

Il est vrai qu'elles ne représentent que 15%, respectivement 16%, du chiffre d'affaires réalisé en 2019 et 2020. La perte de travail de 80%, telle qu'alléguée par l'associée-gérante, n'est ainsi ni établie, ni même rendue vraisemblable. Il n'en demeure pas moins qu'une perte de travail pour elle est démontrée. La société a ainsi accueilli la moitié moins d'évènements dans ses locaux en 2020 qu'en 2019.

11.

11.1 Étant admis que la société a dû cesser une partie de son activité en raison de mesures prises par les autorités, reste à examiner si elle peut se prévaloir, en application du principe de l'égalité de traitement, de la directive 2020/06 du 9 avril 2020, bien que déclarée illégale (ATAS/510/2020 précité), afin d'obtenir le versement rétroactif des indemnités en cas de RHT dès le 17 mars 2020 (dans ce sens ATAS/1266/2020 du 22 décembre 2020 consid. 7 ; ATAS/1050/2020 précité consid. 9b).

11.2 Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 p. 114 et les

arrêts cités). Toutefois selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 134 V 34 consid. 9 p. 44 et les références).

Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale : l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si les intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce.

11.3 En l'espèce, la société a demandé l'indemnité en cas de RHT le 30 mars 2020. Elle remplissait de ce fait l'une des conditions prévues par la directive 2020/06 pour se voir octroyer l'indemnité avec effet rétroactif. La situation de la société est ainsi semblable à celle des employeurs qui ont dû fermer leur établissement par décision des autorités dès le 17 mars 2020 et auxquels la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l'OCE.

À l'époque des faits, cette pratique n'a pas été remise en question - la directive étendant les droits des bénéficiaires au 17 mars 2020 -, de sorte qu'il se justifie de traiter la société de la même manière que les employeurs ayant dû fermer leurs établissements publics et ayant adressé leur préavis au plus tard le 31 mars 2020.

Dans une cause similaire, sur demande de la chambre de céans, l'OCE a confirmé, le 6 novembre 2020, avoir octroyé l'indemnité en cas de RHT avec effet rétroactif à des entreprises dont la fermeture avait été ordonnée le 17 mars 2020 par l'ordonnance 2 COVID-19, sans toutefois être en mesure d'en préciser le nombre (ATAS/1189/2020 du 9 décembre 2020 ch. 7 en fait).

On pourrait, au vu de ce qui précède, retenir fictivement, au nom du principe de l'égalité dans l'illégalité, que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020. Il y a toutefois lieu de rappeler en l'occurrence que l'indemnité en cas de RHT a été demandée pour l'associée-gérante. Or, ce n'est que le 20 mars 2020 que l'indemnité RHT a été étendue aux personnes fixant les décisions prises par l'employeur. Tel n'était pas le cas auparavant, en particulier entre le 17 et le 20 mars 2020, les administrateurs de société n'ayant pas droit à de telles prestations. Le principe du droit à une indemnité en cas de RHT ne peut, partant, être admis qu'à compter du 20 mars 2020.

Aussi le recours est-il partiellement admis.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision sur opposition du 20 avril 2020.
4. Dit que la société a droit à une indemnité en cas de RHT à compter du 20 mars 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions de l'art. 39 LACI.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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