RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1678/2021 **ATAS/251/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 12 avril 2023

1ère Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jennifer PUERTAS	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA (ci-après : la société ou la recourante), inscrite au registre du commerce depuis le 29 janvier 1996, gérée par Monsieur B_____, administrateur unique avec signature individuelle, a pour but social le commerce, l'importation, l'exportation, la représentation, la distribution et la culture de fleurs.

b. Elle a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé), le 3 novembre 2020 (reçu le 25 selon le timbre humide apposé sur le document), un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour toute l'entreprise, soit cinq personnes, du 2 novembre au 1er décembre 2020, avec un pourcentage prévisible de perte de travail de 50%. Elle n'a pas précisé de motifs de fermeture ou de restrictions de fonctionnement à cause des mesures des autorités liées à la pandémie COVID-19, ni joint de document à l'appui de sa demande autre que la liste de son personnel.

c. Par décision du 30 novembre 2020, l'OCE a refusé de donner suite à cette demande, au motif que la perte de travail permettant de fonder un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'était pas avérée en tant que telle et que la requête n'avait pas été envoyée au moins dix jours avant le début de la date souhaitée.

d. Le 11 décembre 2020, la société a formé opposition à la décision précitée, la perte de travail subie étant réelle au vu des fermetures des commerces et de la baisse de consommation des biens (fleurs) qu'elle vendait.

Par ailleurs, elle n'avait jamais eu de réponse s'agissant de son préavis précédent envoyé – en courrier simple et dont elle imaginait qu'il avait été égaré dans l'afflux des demandes – au mois de mars 2020 et des demandes et décomptes d'indemnité RHT pour les mois de mars à août (recte septembre) 2020, dont elle joignait copies. Elle y avait indiqué que les commandes se faisaient moins régulièrement et que certaines plages horaires se retrouvaient sans activité, du fait que les clients achetaient moins de fleurs (ce n'était pas un produit de première nécessité) et que les fleuristes commandaient donc moins. Le chiffre d'affaires devrait se réduire drastiquement, étant précisé que celui de 2018 s'était élevé à CHF 1'673'028.16 et pour 2019 à CHF 1'586'467.96.

e. La société a déposé un nouveau préavis de RHT le 21 janvier 2021 pour trois travailleurs dès le même jour avec un pourcentage prévisible de perte de travail de 50%.

f. Par décision du 22 janvier 2021, l'OCE a refusé de donner suite à cette dernière demande, aux motifs qu'une perte de travail n'était pas avérée et que l'employeur faisait exception à l'obligation de fermeture selon l'ordonnance COVID-19 du 13 janvier 2021.

g. Faisant suite à la demande de l'OCE du 9 mars 2021, la société a maintenu son argumentation et annexé notamment un tableau récapitulant son chiffre d'affaires mensuel entre janvier 2019 et janvier 2021.

h. Par décision sur opposition du 30 mars 2021, l'OCE a rejeté l'opposition, considérant que la société n'avait pas été contrainte d'arrêter son activité à la suite d'une décision administrative, ni n'avait été directement touchée par les mesures sanitaires liées au COVID-19, pas plus qu'elle n'avait démontré que ses collaborateurs subissaient une réelle perte de travail.

Ses clients, soit les magasins de fleurs, n'avaient pas été contraints par les autorités de fermer leur établissement en novembre 2020 et il ressortait des documents transmis que les chiffres d'affaires pour les mois de novembre (CHF 176'624.14) et décembre 2020 (CHF 117'168.75), ainsi que janvier 2021 (CHF 114'168.77) étaient sensiblement les mêmes que ceux pour novembre (CHF 183'269.02) et décembre 2019 (CHF 102'682.06), ainsi que janvier 2020 (CHF 113'672.32), ce qui semblait la preuve qu'il n'y avait pas eu de baisse de commandes.

Enfin, aucun préavis de RHT pour le mois de mars 2020 ne figurait au dossier, hormis dans le cadre de l'opposition.

B. **a.** La société a formé recours contre la décision sur opposition du 30 mars 2021 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) le 11 mai 2021, concluant à l'octroi de l'indemnité en cas de RHT du 17 mars au 30 septembre 2020, puis du 3 novembre au 1er décembre 2020 et à l'octroi d'une indemnité pour ses dépens.

Elle a fait valoir une constatation inexacte et incomplète des faits, soutenant avoir envoyé le 17 mars 2020, par courrier simple, un préavis relatif à une demande d'octroi d'indemnités de RHT, ce qui était prouvé par les demandes de décompte subséquentes adressées mensuellement à l'OCE. Ce dernier aurait dû, selon le principe de la bonne foi, prendre contact avec elle pour connaitre le fondement de tels envois si le préavis n'avait pas été reçu. Sa fiduciaire pouvait témoigner de l'ensemble de ses envois.

Elle fait également valoir une violation des art. 31 al.1 et 32 al. 1 let. a de 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), aux motifs qu'elle avait été indirectement touchée par la fermeture des commerces dès le mois de novembre 2020, qui avait eu pour conséquence une réduction des heures de travail de ses employés. Il s'agissait de circonstances exceptionnelles non liées aux risques d'exploitation d'une entreprise puisque résultant de mesures prises dans le cadre de la pandémie. Démontrer une baisse de commandes relevait de l'impossible dès lors que les possibilités de travail dépendaient de l'entrée journalière de commandes, sans pouvoir constituer un stock. Elle avait donc prouvé la perte de travail qu'elle invoquait.

Pour le surplus, l'art. 17b al. 1 de la loi COVID-19 adoptée le 19 mars 2021 ne prévoyait plus de délai de préavis pour la RHT.

b. Dans sa réponse du 11 juin 2021, l'OCE, persistant dans ses conclusions, a relevé que les formulaires intitulés « Demande et décomptes d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) » des mois de mars à août 2020, ainsi que le préavis RHT du 17 mars 2020, n'avaient été reçus qu'au stade de l'opposition le 11 décembre 2020, la caisse cantonale genevoise de chômage ne les ayant réceptionnés que le 25 novembre 2020 et non pas mensuellement, selon courrier électronique du 9 juin 2021, lesdits décomptes ne comportant au demeurant pas le n° REE ainsi que les coordonnées bancaires, ce qui n'aurait pas manqué d'être le cas sur demande de la caisse.

c. Dans ses déterminations du 6 septembre 2021, la société a maintenu avoir envoyé mensuellement les documents par courrier simple, ce que sa fiduciaire confirmait par courrier électronique du 19 juillet 2021 annexé, et a persisté dans ses conclusions.

d. Dans ses déterminations du 14 septembre 2021, l'OCE a persisté dans sa position, se référant à la pièce 11 de son chargé.

e. Le 28 juin 2022, la chambre de céans a invité la recourante à lui faire parvenir les comptes de résultat et bilans de l'entreprise pour les années 2019 et 2020, les carnets de commande de 2019 et 2020 ou tout autre document permettant d'illustrer les commandes effectuées sur ces deux années ainsi que tout autre document utile.

f. Par courrier du 18 juillet 2022, la recourante a fait parvenir à la chambre de céans les comptes de résultat et bilan d'entreprise pour les années 2019 et 2020, sollicitant et obtenant un délai s'agissant de la production des carnets de commandes pour ces années.

g. A teneur desdits bilans,

- l'actif a augmenté entre 2019 (CHF 391'400.12) et 2020 (CHF 519'883.92) en lien notamment avec des créances résultant de la vente de biens et de prestations de services et d'autres créances à court terme,
- le passif a diminué, s'il est fait abstraction du prêt COVID (CHF 391'400.12 en 2019 et CHF 519'883.92 – CHF 150'000 = CHF 369'883.92),
- les charges de personnel ont augmenté (CHF 303'045.20 en 2019 et CHF 385'620.53 en 2020)
- les ventes ont diminué (CHF 1'579'339.- en 2019 et CHF 1'443'313.- en 2020)

- le résultat de l'exercice a diminué (CHF 17'539.84 en 2019 et CHF 14'772.10 en 2020).

h. Par courrier du 22 septembre 2022, la recourante a indiqué qu'elle ne tenait pas de carnet de commandes, dans la mesure où les commandes se faisaient par plusieurs canaux et au jour le jour compte tenu de la matière périssable.

i. Par courrier du 10 octobre 2022, elle a indiqué ne pas avoir d'autres pièces utiles à produire. Se référant aux pièces comptables qu'elle avait produites, elle a relevé que leur analyse, même succincte, permettait de faire état de la réelle perte de travail qu'elle avait subie.

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

3. La décision litigieuse porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT pour ses employés pour la période du 2 novembre 2020 au 1er décembre 2020, étant précisé qu'elle prétend également à une indemnité RHT pour la période du 17 mars 2020 au 30 septembre 2020.

4.

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). 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 RHT 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). La perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et qu'elle

est d'au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 let. a et b 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).

4.2 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).

4.3 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 où 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.

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 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

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).

4.4 Selon la directive du SECO 2020/15 du 30 octobre 2020, sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », du fait de sa soudaineté, de son ampleur et de sa gravité, une pandémie n'est pas un risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur, au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, même si dans certaines circonstances elle est susceptible de toucher tout employeur. Les pertes de travail résultant d'un recul de la demande de biens et de services pour ce motif peuvent dès lors être pris en considération en application de l'art. 32 al. 1 let. a LACI. Toutefois, l'employeur doit démontrer de manière crédible que les interruptions de travail attendues dans son entreprise sont attribuables à l'apparition de la pandémie. Il ne suffit pas simplement de mentionner la pandémie comme justification (ch. 2.2).

Selon le ch. 2.3, les mesures prises par les autorités en raison de la pandémie sont à considérer comme des circonstances extraordinaires, de sorte que les pertes de travail occasionnées par de telles mesures entrent dans le cadre de la réglementation spéciales des art. 32 al. 3 LACI et 51 OAI. Cela s'applique également aux mesures qui ne concernent que certaines branches ou secteurs économiques, ainsi qu'aux mesures ordonnées par les autorités cantonales ou communales. Les pertes de travail non imputables à l'employeur telles que par exemple celles qui sont dues à l'impossibilité pour les travailleurs de se rendre sur le lieu de travail peuvent être prises en considérations. Les pertes de travail qui résultent du comportement fautif de l'employeur ne sont en revanche pas prises en considération (art. 51 al. 3 OACI).

Selon le ch. 2.5, dans le cadre du déconfinement progressif, la plupart du temps, la justification en raison des mesures prises par les autorités devient caduque. L'activité doit reprendre normalement dès que cela est possible. Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage.

Lorsque l'entreprise ne peut remettre au travail qu'une partie de ses employés, en raisons des mesures sanitaires qui persistent, elle a droit à l'indemnité en cas de RHT pour la perte de travail des travailleurs partiellement ou totalement inoccupés si les autres conditions du droit sont réalisées. Dans ce cas, la perte de travail à prendre en considération reste consécutive aux mesures prises par les autorités et l'art. 32 al. 3 LACI en relation avec l'art. 51 OACI s'applique.

4.5

4.5.1 En raison de la propagation du 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 (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).

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). Le Conseil fédéral a encore ordonné, à l'art. 10a, que les cantons pouvaient obliger les hôpitaux et cliniques privées à mettre leurs capacités à disposition pour accueillir des patients (al. 1) et que les établissements de santé tels que les hôpitaux, les cliniques et les cabinets médicaux devaient renoncer à tous les traitements et interventions médicaux non urgents (al. 2). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Dès le 27 avril 2020, l'al. 1 de l'art. 10a a été abrogé et il a été prévu à l'al. 2 que les cantons s'assurent que le domaine stationnaire des hôpitaux et des cliniques dispose de capacités suffisantes (notamment en lits et en personnel) pour les patients atteints du COVID-19 ainsi que pour d'autres examens et traitements urgents, en particulier dans les unités de soins intensifs et de médecine interne générale. Selon l'al. 3 de la même disposition, ils pouvaient à cette fin, obliger les hôpitaux et cliniques à mettre à disposition leurs capacités dans le domaine stationnaire ou à les libérer sur demande (let. a) et à limiter ou suspendre les examens et traitements non urgents (let. b) (RO 220 1333).

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). Selon cette ordonnance, chaque personne était tenue de respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : l'OFSP) en matière d'hygiène et de conduite face à l'épidémie de COVID-19 (art. 3). Ces recommandations comprenaient notamment le maintien des distances, le port du masque et le respect du nombre maximum de personnes. Si possible, les personnes devaient se rencontrer à l'extérieur plutôt qu'à l'intérieur.

Selon l'art. 10 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, dans son état au 15 août 2020, l'employeur garantissait que les employés puissent respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance. À cette fin, les mesures correspondantes devaient être prévues et mises en œuvre (al. 1). Si la distance recommandée ne pouvait pas être respectée, des mesures devaient être prises pour appliquer le principe STOP (substitution, technique, organisation, personnel) et notamment recourir au télétravail, à la séparation physique, à la séparation des équipes ou au port de masques faciaux (al. 2).

Selon l'art. 25 al. 1 de l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19 - RS 818.101.24). Les cantons devaient s'assurer que le domaine stationnaire des hôpitaux et des cliniques dispose de capacités suffisantes (notamment en lits et en personnel) pour les patients atteints du COVID-19 ainsi que pour d'autres examens et traitements urgents, en particulier dans les unités de soins intensifs et de médecine interne générale. Selon l'al. 2, à cette fin, ils pouvaient obliger les hôpitaux et cliniques: a. à mettre à disposition leurs capacités dans le domaine stationnaire ou à les libérer sur demande (a) et à limiter ou suspendre les examens et traitements non urgents (b).

Après un certain assouplissement des mesures durant l'été 2020, la situation sanitaire s'est à nouveau dégradée durant l'automne 2020, contraignant les autorités à prendre de nouvelles mesures (al. 2).

Ainsi, et notamment, les rassemblements spontanés de plus de quinze personnes ont été interdits dans l'espace public, en particulier sur les places publiques, sur les promenades et dans les parcs, à compter du 19 octobre 2020 (art. 3c de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, dans son état le 19 octobre 2020). À la même date, les manifestations privées comportant entre seize et cent personnes ont été soumises à certaines restrictions, notamment l'obligation de consommer assis, de collecter des données de contact et de porter le masque hormis en cas de consommation assise à sa place (art. 6a al. 2). La recommandation selon laquelle les employés devaient si possible faire du télétravail a à nouveau été émise à cette même date (art. 10 al. 3).

À compter du 29 octobre 2020, il a notamment été interdit d'organiser des manifestations publiques de plus de cinquante personnes, et des manifestations privées de plus de dix personnes (art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière dans son état au 29 octobre 2020).

Dès le 12 décembre 2020, les manifestations publiques ont été interdites, à certaines exceptions, notamment les manifestations religieuses jusqu'à cinquante personnes et les funérailles dans le cercle familial et amical restreint (art. 6 al. 1 let. c et d de l'ordonnance COVID-19 situation particulière dans son état au 12 décembre 2020), les manifestations privées de maximum dix personnes restant autorisées (art. 6 al. 2 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière dans son état au 12 décembre 2020).

4.5.2 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, ordonnait 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, faisaient 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 vendaient des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante. Cet arrêté est entré en vigueur le 2 novembre 2020.

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'État 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 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 1 m 50 entre eux (selon l'annexe 1).

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 (art. 2 al. 2 de l'arrêté du Conseil d'État du 7 décembre 2020).

4.6 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. 8b 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. 8c 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 RHT 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. 1, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, aucun délai de préavis ne doit être observé pour la RHT. Le préavis doit être renouvelé lorsque la RHT dure plus de six mois. À partir du 1er juillet 2021, une RHT 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 RHT 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 RHT autorisée de nouveau si celle-ci dure plus de trois mois. L'al. 1, 2e phr. de l'art. 17b de la loi COVID-19 prévoit que l'autorisation de RHT émise par l'autorité cantonale sera désormais valable pendant six mois. Autrement dit, l'entreprise ne devra renouveler le préavis que si la RHT dure plus de six mois. Cette réglementation allégera la charge administrative des entreprises et des organes d'exécution (FF 2021 285, p. 29 s.).

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).

5. Dans un arrêt de principe du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), la chambre de céans a jugé que pendant la période du 17 mars au 31 mai 2020, la date de réception du préavis de RHT correspondait au début de la RHT et au début de l'indemnisation et que le droit aux indemnités ne pouvait naître rétroactivement. La suppression, par le biais de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, du délai de préavis n'équivalait pas à la suppression du principe du préavis. S'il avait certes fait rétroagir la suppression de ce délai au 17 mars 2020, le Conseil fédéral n'avait pas prévu que les indemnités en cas de RHT pouvaient désormais être payées rétroactivement, en dérogation à l'art. 36 LACI. Quant à la directive 2020/06 du 9 avril 2020 du SECO - selon laquelle toute demande transmise à l'autorité avant le 31 mars 2020 était considérée comme ayant été déposée le 17 mars 2020 si l'entreprise concernée avait fermé ses portes en raison des mesures de confinement prononcées dès cette date - elle a été considérée comme illégale. 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.

6.

6.1 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).

6.2 La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). En matière d'indemnités de chômage, l'assuré supporte les conséquences de l'absence de preuve en ce qui concerne la remise des pièces nécessaires pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment la liste de recherches d'emploi (cf. arrêt C 294/99 du 14 décembre 1999 consid. 2a, in DTA 2000 n o 25 p. 122; cf. aussi arrêt 8C 427/2010 du 25 août 2010 consid. 5.1 ; arrêt du 29 juillet 2013 8C 591/2012). A défaut de remise directement à l'ORP, c'est la date de la remise des preuves de recherche d'emploi à La Poste suisse qui fait foi et non la date de réception de l'ORP (Boris RUBIN, op. cit. ad. art. 17 no 31). Par ailleurs, en l'absence d'indices contraires, l'inscription par l'administration d'une date de réception laisse présumer que l'envoi lui est parvenu le même jour, voire un jour plus tard, s'il est déposé dans la boite aux lettres de son destinataire (arrêt du 25 août 2010 précité).

7. En l'espèce, s'agissant de la période de mars à septembre 2020, force est de constater que la recourante n'a pas apporté la preuve de l'envoi en temps utile d'une ou plusieurs demandes d'une indemnité de RHT que ce soit à l'OCE ou même à la caisse cantonale genevoise de chômage. Les formulaires versés au dossier de l'intimé, avec l'opposition du 11 décembre 2020, portant les dates des 17 mars, 1er avril, 4 mai, 4 juin, 3 juillet, 4 août et 4 septembre 2020, ne sont en effet pas à même de prouver leur dépôt ou leur envoi à l'intimé à ces mêmes dates.

La recourante doit ainsi supporter les conséquences de l'absence d'une telle preuve.

S’agissant de la requête portant sur la période du 2 novembre au 1er décembre 2020, l’intimé s’est opposé au paiement de l’indemnité en cas de RHT, au motif que la perte de travail de la recourante n’était pas avérée, dès lors qu’elle n’avait pas été contrainte d’arrêter son activité à la suite d’une décision administrative, pas plus que ses clients, ni n’avait été directement touchée par les mesures sanitaires liées au COVID-19. Elle n’avait pas non plus démontré une perte de travail, son chiffre d’affaires pour la période concernée étant sensiblement le même que pour la même période en 2019.

En l’occurrence, la recourante ne conteste pas qu’elle n’a pas été contrainte de fermer son établissement, pas plus que ses clients l’auraient été. Elle soutient en revanche avoir connu une perte de travail, avec une baisse de son volume de commande.

Néanmoins, elle n’amène aucun élément susceptible d’étayer sa position puisque son chiffre d’affaires pour le mois de novembre 2020 est relativement similaire à celui qu’elle avait eu l’année précédente (CHF 183'262.02 en 2019 et CHF 176'624.14 en 2020), et qu’elle n’a déposé aucun document - en particulier un carnet de commandes ou toute autre trace écrite de son activité, pourtant nécessaire à la tenue d’une comptabilité - permettant de déterminer une baisse desdites commandes.

Dans ces circonstances, force est de constater que la recourante n’a pas démontré avoir subi une perte de travail pour la période pour laquelle elle prétend à l’octroi d’une indemnité RHT.

C’est donc à raison que l’intimé la lui a refusée.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision attaquée confirmée.

8. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Stefanie FELLER	Fabienne MICHON RIEBEN

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