RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1698/2023** **ATAS/749/2023**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

## Arrêt du 4 octobre 2023

**Chambre 4**

En la cause

**A_____** recourante

représentée par Me Robert ANGELOZZI, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI** intimé

**Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, juges assesseur·e·s**

## EN FAIT

**A.** **a.** La société à responsabilité limitée A_____ (ci-après : la société ou la recourante), ayant notamment pour but l'exploitation d'un centre de fitness, a été créée le 26 novembre 2020. Monsieur B_____ en est l'associé gérant unique.

**b.** La société s'est vu allouer des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail dans le cadre de la pandémie de coronavirus pour deux employés du 1er février au 31 juillet 2021, conformément à une décision du 25 mars 2021 de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) faisant suite à un préavis de réduction de l'horaire de travail de la société du 28 janvier 2021.

Elle a par la suite obtenu des indemnités pour réduction de l'horaire de travail du 10 septembre au 31 décembre 2021, conformément à une décision sur opposition de l'OCE du 19 octobre 2021, puis du 1er janvier au 30 juin 2022 conformément à une décision de l'OCE du 30 décembre 2021.

**c.** Le 17 novembre 2022, la caisse de chômage a invité l'OCE à statuer sur la plausibilité de la perte de travail de la société, au vu du fait que celle-ci avait engagé les deux employés concernés par la réduction de l'horaire de travail les 1er février et 1er mars 2021 respectivement.

**d.** Par décision du 20 janvier 2023 annulant et remplaçant celle du 25 mars 2021, l'OCE s'est opposé au préavis du 28 janvier 2021 de la société.

Il a retenu que selon la pratique administrative, les personnes nouvellement recrutées ne pouvaient pas subir de perte de travail, aussi n'avaient-elles pas droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. La société n'avait pas respecté son obligation de diminuer le dommage en engageant deux employés le 1er février et le 1er mars 2021 respectivement. La perte de travail n'était pas inévitable, la société n'ayant pas démontré avoir pris des mesures pour la diminuer.

**e.** La société s'est opposée à cette décision par écriture du 17 février 2023. Il était erroné de considérer que ses deux employés avaient été engagés en février et mars 2021, car s'ils avaient débuté le travail à ces dates, ils avaient été engagés les 27 et 29 octobre 2020 avec un début d'emploi initialement prévu au 1er janvier 2021, soit avant la fermeture des installations sportives, et avant sa demande d'indemnisation. La société avait fourni toutes les informations à la caisse de chômage à l'appui de ses demandes d'indemnités, et les avait retransmises à l'OCE le 27 décembre 2021. Celui-ci était ainsi au courant de cet état de fait avant le 17 novembre 2022. La société avait bien pris des mesures pour réduire le dommage, en tentant de repousser l'entrée en fonction de ses employés et en diminuant les salaires convenus. La directive invoquée par l'OCE datait du 1er janvier 2022 et ne pouvait être appliquée de manière rétroactive. La société a par ailleurs allégué sa bonne foi, les décisions ne mentionnant pas les employés

exclus du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Elle n'avait jamais été informée de la possibilité de révocation des décisions d'octroi. Or, la décision du 20 janvier 2023 créait pour elle un préjudice irréparable, dès lors que le remboursement à la caisse de chômage des indemnités s'élevant à CHF 32'680.90 – qu'elle avait reversées aux employés – lui était demandé. Si elle avait su que ses employés n'avaient pas droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, elle les aurait licenciés durant le temps d'essai.

La société a produit deux courriers adressés respectivement les 27 et 29 octobre 2020 à ses deux futurs employés, leur proposant un contrat de travail de durée indéterminée selon les termes discutés lors des entretiens, avec une entrée en fonction le 2 janvier 2020.

**f.** Par décision du 19 avril 2023, l'OCE a écarté l'opposition de la société. Il a précisé que selon les renseignements obtenus de la caisse de chômage, aucune décision de restitution des prestations n'avait pour l'heure été rendue. Selon la pratique administrative, si les pertes de travail résultant de la pandémie pouvaient être prises en considération même si l'entreprise se trouvait en phase de démarrage, il conviendrait d'évaluer autrement le cas d'une entreprise créée durant la pandémie et qui sans avoir exercé la moindre activité au préalable, commettrait un abus de droit en faisant valoir des pertes de travail directement liées à des motifs économiques. Lorsque de tels cas étaient identifiés, l'entreprise devait s'attendre à un refus ou à une reconsidération de l'autorisation accordée. Or, la société avait été créée en pleine pandémie, soit à fin novembre 2020, alors que les centres de fitness étaient fermés et qu'elle savait que ses employés n'allaient pas pouvoir travailler dès la date d'entrée en fonction prévue. Elle avait ainsi commis un abus de droit en demandant l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour deux employés dès le 1er février 2021, alors qu'elle n'avait jamais exercé d'activité. Une reconsidération était ainsi justifiée. On ne pouvait soutenir que la société avait déjà engagé les employés concernés en octobre 2020, puisqu'aucun contrat de travail n'avait encore été signé à cette date. La société n'était ainsi pas liée par ses propositions, ce que confirmait d'ailleurs le fait que l'entrée en fonction prévue initialement le 1er janvier 2021 avait été retardée. L'OCE a soutenu que la société ne pouvait invoquer sa bonne foi, tout en soulignant que cet aspect devrait être pris en compte dans le cadre d'une éventuelle demande de remise.

**g.** Par écriture du 17 mai 2023, la société a interjeté recours contre la décision de l'OCE devant la chambre de céans. Elle a conclu, sous suite de dépens, préalablement à son audition, principalement à l'annulation des décisions du 20 janvier et du 17 février 2023 (*recte* : 19 avril 2023) et à la confirmation des décisions du 1er février 2021 et du 25 mars 2021, à ce qu'il soit dit et constaté que l'intimé n'était pas en droit de faire opposition aux préavis des 28 janvier 2021 et 25 mars 2021, et à ce qu'il soit dit et constaté que la recourante n'était pas tenue

de rembourser les indemnités de réduction de l'horaire de travail perçues du 1er février au 31 juillet 2021, soit CHF 32'680.-.

Elle a allégué que son administrateur, M. B_____, avait été associé de la société à responsabilité limitée C_____, désormais en liquidation, laquelle exploitait un autre centre de fitness à Cologny. Il avait décidé de poursuivre l'activité de cette société sous le nom de la recourante. Celle-ci avait ainsi repris les machines et la clientèle de cette première société, bien qu'il n'y ait pas eu de reprise d'actifs formelle. C'était ainsi de manière erronée que l'intimé avait considéré que la recourante était une nouvelle société. Durant l'automne 2020, les clubs de sport pouvaient rester ouverts et dispenser des cours. L'intimé motivait sa décision en se référant à des directives émises après les préavis et l'octroi des indemnités. Or, ces directives ne pouvaient s'appliquer de manière rétroactive. Le remboursement des indemnités perçues de février à juillet 2021 aurait des conséquences importantes pour la recourante. La décision de l'intimé était en outre contraire à la bonne foi. Au moment de rendre ses décisions des 1er février et 25 mars 2021, celui-ci était déjà en possession de tous les éléments sur lesquels il fondait sa reconsidération. Au demeurant, il n'avait pas démontré que les conditions de la révision ou de la reconsidération fussent réalisées. La recourante a en outre répété certains des arguments développés à l'appui de son opposition.

Elle a produit les pièces suivantes :

- extrait du registre du commerce concernant C_____, visant à l'exploitation d'un centre de fitness, créée le 14 mars 2019, dissoute par décision judiciaire du 27 août 2020, dont M. B_____ était un des deux associés ;
- convention de compensation entre C_____ et M. B_____ portant sur le transfert de matériel à ce dernier, conclue le 1er décembre 2020 ;
- bail à loyer portant sur des locaux destinés à l'exploitation d'un fitness dès le 1er janvier 2021, conclu le 18 novembre 2020 par M. B_____ et une gérance.

**b.** Dans sa réponse du 16 juin 2023, l'intimé a conclu au rejet du recours.

**c.** Dans sa réplique du 19 juillet 2023, la recourante a persisté dans ses conclusions en reprenant les arguments déjà développés.

**d.** La chambre de céans a transmis copie de cette écriture à l'intimée le 19 juillet 2023.

**e.** 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 (LACI - RS 837.0).

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

**2.** La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Elle est ainsi applicable au recours, introduit après cette date (art. 82a LPGA *a contrario*).

**3.** Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA), le recours est recevable.

**4.** Le litige, tel que défini par la décision dont est recours, porte sur le droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 1er février au 31 juillet 2021.

L'obligation de rembourser les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail perçues ne faisant pas l'objet de la décision de l'intimé, elle ne relève pas de la présente procédure.

**5.** Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après l'indemnité) lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a) ; la perte de travail doit être prise en considération (art. 32) (let. b) ; le congé n'a pas été donné (let. c) ; la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

**5.1** Les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail n'ont pas pour but d'assurer la survie des entreprises ni de couvrir les pertes de chiffre d'affaires ou d'exploitation, mais de sauvegarder les emplois. Leur raison d'être est d'éviter que le recul temporaire de la demande de biens et de services et les pertes de travail qui en résultent se traduisent à court terme par des licenciements (ATF 147 V 359 consid. 4.6.3). La réduction de l'horaire de travail a ainsi pour but d'éviter un chômage complet. Elle implique que l'entreprise, en accord avec les travailleurs, impose une réduction temporaire du temps de travail, avec une diminution correspondante du salaire (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosen-versicherung *in* SBVR vol. XIV, 3ème éd. 2016, nn. 454-455).

**5.2** Selon l'art. 32 al. 1 let. a LACI, la perte de travail est prise en considération notamment lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable. Lorsqu'un employeur engage des collaborateurs en période de manque de travail, il ne peut rendre vraisemblable que la perte de travail est inévitable au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACI et qu'elle revêt un caractère extraordinaire au sens de la jurisprudence rendue sur la notion de risques normaux d'exploitation. Il pourrait

éventuellement en aller autrement lorsque les personnes nouvellement engagées effectuent un travail sensiblement différent de celui effectué par le personnel en réduction de l'horaire de travail (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 10 ad art. 32 LACI). En effet, l'employeur doit entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible afin d'éviter des pertes de travail. Il s'agit ici de la concrétisation de l'obligation de diminuer le dommage, qui est incompatible avec la création de nouveaux postes de travail sans besoin correspondant, ou alors que l'entreprise subit encore une perte de travail (arrêt du Tribunal des assurances sociales de Zurich AL.2022.00063 du 19 mai 2022 consid. 3.3). Selon la jurisprudence, l'application de ce critère ne doit toutefois pas avoir pour effet d'inciter l'employeur à procéder à des licenciements : la réduction de l'horaire de travail n'est dès lors pas évitable par le simple fait que l'employeur aurait pu l'empêcher en congédiant des salariés (ATF 111 V 379 consid. 2a). Le refus de l'indemnité en raison du caractère évitable de la perte de travail doit se fonder sur des motifs suffisamment concrets et indiquer les mesures appropriées que l'employeur a omis de prendre, violant ainsi son obligation de diminuer le dommage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2).

**5.3** Le SECO a adapté son Bulletin LACI RHT en janvier 2022 en insérant le chiffre C6a, qui dispose que l'obligation de diminuer le dommage n'est pas compatible avec la création de postes qui ne répondent pas à un besoin ou lorsque l'entreprise enregistre toujours une perte de travail. La réduction de l'horaire de travail vise à maintenir les postes existants et non à en financer de nouveaux. Avant la création de nouveaux postes ou d'augmenter les taux d'activité, l'entreprise qui perçoit des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, doit déterminer si le personnel existant n'est pas à même d'accomplir les tâches confiées aux personnes qu'elle envisage de recruter, ce qui permettrait d'éviter ou d'atténuer la perte de travail. Il peut être justifié d'engager du personnel malgré la réduction de l'horaire de travail, par exemple si les activités de vente doivent être stimulées (afin de recevoir davantage de commandes et donc de mieux occuper les travailleurs à la production) et que le service externe ou de marketing doit donc être renforcé. Les personnes nouvellement recrutées ne peuvent toutefois pas subir de perte de travail. Aussi n'ont-elles pas droit aux indemnités en cas de RHT. L'engagement de remplaçants est autorisé pour les spécialistes qui quittent leurs fonctions (par exemple en cas de départ à la retraite), dont les responsabilités ne peuvent être assumées par le personnel existant (soit les personnes-clés) et qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise. Si ces personnes subissent une perte de travail par la suite, elles ne peuvent prétendre à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail.

**5.4** Dans un cas où un collaborateur ayant déjà sa propre clientèle avait été engagé par une entreprise afin de couvrir partiellement ses propres frais fixes, les juges zurichois ont retenu que si une telle démarche était en soi compréhensible, elle ne

fondait pas un droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. En engageant ce collaborateur à plein temps malgré le recul des affaires en raison de la pandémie, tout en sachant que celui-ci ne générerait pas un chiffre d'affaires correspondant à son taux d'engagement, l'employeur avait sciemment accepté le risque d'une perte de travail (arrêt du Tribunal des assurances sociales de Zurich AL.2022.00009 du 22 avril 2022 consid. 2.3). Ces juges ont également retenu que la perte de travail était évitable dans le cas d'une gérante de bar ayant remplacé son personnel démissionnaire durant la fermeture des établissements de restauration pendant la pandémie (arrêt du Tribunal des assurances sociales de Zurich AL.2022.00063 du 19 mai 2022 consid. 3.3.3). Les juges du Tribunal administratif du canton de Berne ont relevé, dans un cas portant sur la reconsidération de l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, que la création de nouveaux postes sans besoin correspondant dans l'entreprise n'était pas compatible avec l'obligation de diminuer le dommage de l'employeur. En l'espèce, celui-ci avait engagé du personnel supplémentaire uniquement dans l'expectative pourtant notoirement incertaine d'une augmentation à venir du chiffre d'affaires et de l'effet de reprise après la pandémie, sans qu'un tel développement ne soit démontré au moment de l'engagement. La perte de travail qui en découlait était évitable, en particulier au vu des mesures de lutte contre la pandémie, encore largement applicables en 2021 (arrêt du Tribunal administratif de Berne du 7 octobre 2022 dans la cause 200 2022 424 consid. 3.3).

**5.5** L'art. 33 al. 1 let. a LACI dispose qu'une perte de travail n'est pas prise en considération notamment lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien, ou à d'autres interruptions habituelles et réitérées de l'exploitation, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer. L'art. 33 al. 2 LACI confère au Conseil fédéral la compétence de prévoir d'autres cas où la perte de travail n'est pas prise en considération.

Le manque de travail en phase de lancement d'une entreprise constitue un risque ordinaire d'exploitation (RUBIN, *op. cit*., n. 13 ad art. 33 LACI). Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la négation du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour une entreprise récemment créée, au motif que les difficultés rencontrées et les retards dans la mise en œuvre de sa nouvelle activité n'apparaissaient ni exceptionnels, ni extraordinaires, mais relevaient d'un risque d'exploitation inhérent à toute nouvelle entreprise tentant de prendre son essor, dont l'art. 33 al. 1 let a LACI excluait la prise en considération (arrêt du Tribunal fédéral 8C_603/2015 du 15 avril 2016 consid. 3). Le Bulletin LACI RHT du SECO précise à son chiffre D4 qu'un manque de commandes pendant la phase de démarrage d'une entreprise, soit pendant une période de deux ans environ, est tout à fait habituel, et que les pertes de travail qui en résultent font partie des risques normaux d'exploitation. Cependant, on n'attribuerait pas au risque normal d'exploitation la perte de travail subie, par exemple, lorsqu'une entreprise existante

a été reprise par un autre employeur avec simple changement de raison sociale ou la perte de travail consécutive à des mesures prises par les autorités.

**6.** Pour lutter contre l'épidémie liée à la COVID-19, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes, notamment durant le premier trimestre 2020.

**6.1** Le 13 mars 2020, il a édicté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 2 COVID-19 - RS 818.101.24), dont le but est de diminuer le risque de transmission de la COVID-19. Cette ordonnance, qui a par la suite fait l'objet de plusieurs modifications, a notamment interdit les rassemblements atteignant un certain nombre de personnes et l'ouverture de plusieurs catégories d'établissements et commerces.

**6.2** En matière d'assurance-chômage, le Conseil fédéral a également adopté plusieurs mesures en lien avec la pandémie. Le 20 mars 2020, il a ainsi promulgué l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033), laquelle est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020, conformément à son art. 9. Cette ordonnance a notamment eu pour objets l'élargissement du cercle des bénéficiaires des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, la suppression d'un délai d'attente de la perte de travail à prendre en considération, le droit de demander le versement de l'indemnité sans devoir l'avancer et la suppression du délai de préavis en cas de demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail.

**6.3** Le SECO a édicté plusieurs directives régissant le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en lien avec la pandémie.

Dans ce cadre, il a précisé dans la directive 2021/06 du 19 mars 2021 que 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. Les pertes de travail résultant d'un recul de la demande de biens et de services pour ce motif peuvent dès lors être prises en considération en application de l'art. 32 al. 1 let. a LACI, même si l'entreprise se trouve dans la phase de démarrage. L'exception déjà visée dans le Bulletin LACI RHT D4, découlant de mesures prises par les autorités, s'applique. Étant donné que la règle des deux ans ne doit pas être observée, la date de création n'est pas indiquée sur le formulaire relatif à la procédure simplifiée pour le préavis de la réduction de l'horaire de travail. Il conviendrait d'évaluer autrement le cas d'une entreprise qui serait créée durant la pandémie (depuis le 16 mars 2020) et, sans avoir exercé la moindre activité au préalable, commettrait un abus de droit en faisant valoir des pertes de travail directement liées à des motifs économiques. Lorsque de tels cas sont identifiés à l'occasion de contrôles d'employeurs réalisés par le SECO ou à la suite de signalements auprès des organes d'exécution, l'entreprise doit s'attendre à un refus ou à une reconsidération de l'autorisation accordée. Ce principe a été transitoirement ancré au chiffre D4a du Bulletin LACI RHT.

**6.4** En ce qui concerne en particulier les centres de fitness, par 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 protection de la population du 1er novembre 2020, le Conseil d'Etat du canton de Genève a prononcé la fermeture des centres sportifs et de fitness.

Selon une communication de la Ville de Genève du 6 janvier 2021, la réouverture des fitness et centres de loisirs n'était pas prévue avant fin février.

Un assouplissement pour les règles de sport applicable dès le 19 avril 2021 [Assouplissements, 3e étape: règles pour le sport dès le 19 avril 2021 (admin.ch)] prévoyait le port d'un masque et le respect les distances requises à l'intérieur. Si ces deux conditions étaient respectées, elles permettaient de s'entraîner avec un coach personnel. Les activités sportives sans masque n'étaient autorisées que si elles ne pouvaient pas être pratiquées avec un masque, et seulement dans le strict respect des distances: 25 $m^2$ par personne pour les activités physiques intenses telles que les exercices d'endurance dans les centres de fitness (vélo, tapis de course, rameur par exemple), et 15 $m^2$ par personne pour les activités « calmes » et stationnaires comme le yoga. Les sports impliquant un contact physique restaient interdits en intérieur.

Dès le 31 mai 2021, les règles ont été assouplies pour le sport. Cinquante personnes pouvaient désormais se réunir pour faire du sport ensemble, au lieu de quinze jusqu'alors. Pour pratiquer à l'intérieur, sans masque, des sports impliquant des contacts, comme la danse de salon ou la lutte, il fallait se limiter à des groupes fixes de quatre personnes. Le Conseil fédéral a également adapté les surfaces à observer en intérieur pour les sports n'impliquant pas d'efforts physiques importants (comme le yoga), qui passaient de 15 $m^2$ à 10 $m^2$ par personne.

Le 26 juin 2021, le Conseil fédéral a décidé que les établissements de sport et de loisirs pouvaient à nouveau exploiter toute leur capacité d'accueil.

**7.** Aux termes de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). Ainsi, par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation des faits erronée résultant de l'appréciation des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 9C_442/2007 du 29 février 2008 consid. 2.1)

**8.** En l'espèce, l'intimé a dans un premier temps fondé la reconsidération de la décision portant sur le droit de la recourante aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail sur le fait que la perte de travail n'était pas inévitable, avant

d'invoquer le fait que la recourante n'avait pas droit à de telles indemnités, en raison de sa création durant la pandémie.

**8.1** S'agissant du premier motif lié au caractère inévitable de la perte de travail, il est patent qu'en engageant deux collaborateurs censés prendre leurs fonctions alors même que les centres de fitness étaient fermés dans le cadre des mesures de lutte contre la pandémie, la recourante s'est exposée à un risque très important de ne pouvoir les occuper, ce qui est inconciliable avec son obligation de diminuer le dommage. Elle ne saurait s'en dédouaner en affirmant que l'engagement était convenu avant la fermeture ordonnée par les autorités. En premier lieu, on peut se demander si le fait d'engager deux collaborateurs en octobre 2020 ne contrevenait pas déjà en soi à son obligation de diminuer le dommage, au vu des incertitudes liées à l'évolution sanitaire à cette époque. On rappellera en effet que les centres de fitness avaient déjà été fermés en mars 2020 en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19, et avaient ensuite été ouverts moyennant un plan de protection selon la modification de cette ordonnance du 27 mai 2020. Le contexte restait ainsi très incertain.

Quoi qu'il en soit, les contrats de travail ont été modifiés s'agissant notamment de la date de début des rapports de travail, et ce après les confirmations d'engagement signifiées à ses deux futurs employés en octobre 2020. Certes, on ignore si ces modifications sont survenues avant ou après la fermeture officielle des centres de fitness. Il ne s'agit toutefois pas là d'un élément déterminant, dès lors que les avenants stipulés portant le début des rapports de travail démontrent que la date d'entrée de fonction était négociable. En ne sursoyant pas à l'engagement d'employés jusqu'à la réouverture des fitness, la recourante n'a pas pris toutes les mesures raisonnablement exigibles.

Dans ces circonstances, force est de constater que la perte de travail était évitable, si bien que le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail n'était pas ouvert.

**8.2** En ce qui concerne la perte de travail une fois les conditions d'exploitation de centres de fitness revenues à la normale, soit dès 26 juin 2021, on relèvera que la recourante, créée moins d'une année plus tôt, se trouvait en phase de démarrage. En effet, on ne saurait admettre qu'elle n'était qu'une émanation de la société C_____. Elle a été fondée plusieurs mois après la liquidation de celle-ci, dont elle n'a pas repris le personnel ou les locaux, mais dont son associé gérant a uniquement acquis le matériel. Il n'y a donc aucune identité entre ces deux sociétés. Or, conformément aux principes rappelés ci-dessus, un manque de travail lié à un manque de clientèle durant la phase d'essor d'une entreprise est un risque normal d'exploitation, de sorte que le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail n'est pas non plus donné dès cette date. Par surabondance, on précisera encore que dans le cas d'un centre de fitness établi, invoquant une perte de travail liée à la baisse de la fréquentation par peur de la clientèle d'une éventuelle infection, alors même que ses activités étaient à

nouveau autorisées, la jurisprudence cantonale a retenu que la réduction de l'horaire de travail n'avait pas pour but d'indemniser les pertes de travail reposant sur des craintes de la clientèle en lien avec la pandémie (arrêt du Tribunal des assurances sociales de Zurich du 11 juillet 2022 dans la cause AL.2022.00090 consid. 4.3). Or, dans le cas d'espèce, la recourante a précisément invoqué la crainte de la pandémie comme facteur freinant l'accroissement de sa clientèle dans ses préavis pour les périodes du 1er août au 31 décembre 2021 puis du 1er janvier au 30 juin 2022.

Ainsi, l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail n'était pas non plus conforme au droit s'agissant de la période courant dès la réouverture des centres de fitness, dès lors que la fréquentation insuffisante relève d'un risque inhérent à tout nouveau centre de fitness.

**8.3** La recourante fait valoir que les directives invoquées par l'intimé ont été établies postérieurement à la demande puis à l'octroi des indemnités litigieuses. Cet argument ne lui est cependant d'aucun secours. En effet, le chiffre C6a et le chiffre D4a du Bulletin LACI réduction de l'horaire de travail ne font que rappeler les principes déjà dégagés par la jurisprudence et la doctrine et expliciter comment ces principes doivent être appliqués en cas de pandémie. Ces modifications des directives ne créent ainsi pas de règles de droit, dont l'application rétroactive serait critiquable.

**8.4** Au vu de l'ampleur des indemnités versées en application de la décision du 25 mars 2021, la rectification de celle-ci revêt en outre une importance notable. Les conditions de la reconsidération sont ainsi réalisées. Le fait que la recourante se soit conformée à son obligation de renseigner et qu'un examen initial plus approfondi aurait permis d'éviter une décision erronée ne permet pas de parvenir à une autre conclusion. En effet, une reconsidération est possible aussi lorsqu'une erreur est imputable à l'administration, et ce même si elle conduit à une restitution des prestations (cf. par exemple arrêt du Tribunal fédéral 9C_268/2016 du 14 novembre 2016 consid. 4). Quant à la bonne foi de la recourante, elle n'est pas déterminante à ce stade. Elle devra être examinée dans le cadre de la demande de remise qu'il lui sera loisible de formuler si la restitution des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail lui était réclamée.

**8.5** La recourante a sollicité son audition et celle des deux employés concernés, qui devraient être entendus sur les modalités de modification des conditions de travail. Au vu de ce qui précède, ces mesures s'avèrent cependant inutiles, par appréciation anticipée des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 9C_97/2020 du 10 juin 2020 consid. 3.2).

La chambre de céans n'y procédera ainsi pas.

**9.** La décision de l'intimé s'avère conforme au droit, de sorte que le recours sera rejeté.

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f LPGA *a contrario*).

**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 |
|---|---|
| Isabelle CASTILLO | Catherine TAPPONNIER |

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