RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3542/2020 **ATAS/1026/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 octobre 2021

15ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, p.a. B_____ & Associés, à GENÈVE	recourants
Monsieur C_____, p.a. B_____ & Associés, à GENÈVE	

contre

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

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. B_____ & ASSOCIÉS, Avocats (ci-après : l'Étude, l'entreprise, les employeurs ou les recourants), est une société simple d'avocats indépendants, inscrite au registre des entreprises, depuis le 1er janvier 2017, sous le numéro IDE CHE-1_____et au registre TVA comme communauté de bureau indivis, entre Maîtres A_____ et C_____. Avocats indépendants depuis 2009, respectivement 2016, ces derniers sont les employeurs de Messieurs D_____, administrateur et juriste, E_____, secrétaire, et Maître F_____, avocat-stagiaire depuis le _____2019 jusqu'à fin mars 2021, sur la base d'un contrat de durée déterminée. MM. D_____ et E_____ ont été au bénéfice de contrats de travail de durée indéterminée, lesquels ont été résiliés par courrier du 30 septembre 2020 pour le 30 novembre 2020. Ils ont été ensuite mis au bénéfice d'un contrat de travail sur appel dès le 1er décembre 2020. M. E_____ a à nouveau eu un contrat de travail à plein temps de durée déterminée dès le 1er juillet 2021.

b. Le 27 mars 2020, Me A_____ a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise (soit trois employés) du 16 mars 2020 au 16 septembre 2020.

c. Par décision du 30 mars 2020, l'OCE a accepté le paiement de l'indemnité en cas de RHT pour la période du 16 mars 2020 au 15 juin 2020.

B. a. Le 28 septembre 2020, Maîtres A_____ et C_____ ont transmis à l'OCE un formulaire de préavis de RHT, annonçant une perte de travail de 100 % pour toute l'entreprise, d'une durée prévisible du 8 octobre 2020 au 7 janvier 2021.

b. Par décision du 30 septembre 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT, motif pris qu'une perte de travail n'était pas avérée dans le cas particulier.

c. Le 12 octobre 2020, Me C_____ a formé opposition à cette décision en faisant valoir qu'en raison de la crise sanitaire, la situation n'était pas revenue à la normale, notamment au plan judiciaire, avec une très nette baisse du nombre d'audiences convoquées ; à cet égard, l'impossibilité de voyager pour les comparants était également source de reports et d'annulations. Cette situation provoquait un gel de fait de la plupart des procédures ou à tout le moins de très importants retards. Les procédures dans lesquelles les parties plaidaient au bénéfice de l'assistance juridique constituaient environ la moitié de l'activité de l'Étude. Dans ces procédures, les honoraires d'avocat étaient payés à la fin de la procédure. En outre, le Procureur général avait marqué son refus d'envisager toute taxation intermédiaire ou toute avance pour les procédures en cours. Il existait ainsi un risque important d'absence de liquidités qui pouvait mettre en péril la survie même de l'entreprise. En attestait l'évolution du chiffre d'affaires, lequel avait diminué de moitié, au 30 septembre 2020, par rapport au 30 septembre 2019.

d. Par décision du 19 octobre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition. Il était établi, non seulement, que les activités judiciaires avaient repris, que la crise du Covid-19

créait de nombreux problèmes dans plusieurs domaines du droit, entraînant ainsi une augmentation des demandes de conseils juridiques auprès d'avocats. Il était par ailleurs manifeste que les contacts avec les clients pouvaient s'effectuer par divers moyens (courriel, téléphone, visioconférence, etc) et ne nécessitaient donc pas des rencontres en présentiel. Il appartenait aussi à l'employeur d'adapter ses domaines d'activités juridiques. Ainsi, la perte de travail, en plus de ne pas être avérée, n'était pas inévitable, à plus forte raison que l'employeur n'avait pas pris les mesures possibles pour l'empêcher. Attendu, au surplus, que la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit à l'indemnité RHT et qu'en outre, la demande dépassait la durée maximale de trois mois, c'était à juste titre que l'OCE avait rejeté la demande de RHT.

C. a. Le 6 novembre 2020, les employeurs ont saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) d'un recours contre cette décision, en concluant, sous suite de dépens, à son annulation et à ce qu'une réduction de l'horaire de travail, entre 10 et 85 % de l'horaire normal, soit autorisée pour leurs employés, pour une période de trois mois à compter du 8 octobre 2020. Contestant l'ensemble des motifs invoqués à l'appui de la décision litigieuse, ils ont expliqué en substance que la situation n'était pas revenue à la normale, que les procédures civiles et pénales connaissaient de nombreux retards et qu'ainsi, c'était bien en raison des mesures sanitaires qui subsistaient qu'ils ne pouvaient remettre au travail entièrement leurs employés.

b. Par réponse du 19 novembre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours en faisant valoir que les recourants n'apportaient aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée.

c. Le 4 janvier 2021, les recourants ont répliqué qu'il ne suffisait pas que l'OCE reconnaisse, dans un courrier du 11 décembre 2020 adressé au Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Genève, qu'une perte de travail ait été établie lors du premier semi-confinement (alors marqué par une fermeture des tribunaux). En affirmant, dans ce même courrier, que les dernières mesures sanitaires prises par les autorités n'avaient pas d'effet sur l'activité judiciaire, l'OCE mésestimait l'impact des restrictions sanitaires sur le calendrier des audiences (nécessité de choisir des salles d'audience suffisamment grandes pour permettre le respect des distances de sécurité, limitation du nombre de personnes présentes aux audiences, mise en quarantaine de certains magistrats et collaborateurs du Pouvoir judiciaire) et le rythme fortement ralenti des procédures qui en découlait, de sorte que les retards entraînaient une forte baisse d'activités pour les recourants puisqu'ils en étaient réduits à attendre, comme leurs clients, que les procédures avancent, ne leur laissant pas d'autres choix que de patienter.

d. Invité à dupliquer, l'intimé a renvoyé, par courrier du 14 janvier 2021, aux termes de la décision litigieuse.

e. Par pli du 8 février 2021, les recourants ont versé au dossier les relevés d'heures pour les mois d'octobre et de novembre 2020, dont le traitement avait été suspendu par l'intimé jusqu'à droit connu dans la présente procédure. Cependant, comme l'absence de décision définitive au sujet des RHT, six mois (recte : quatre mois et huit jours) après en avoir formé la demande, rendait leur situation intenable, ils avaient licencié MM. E_____ et D_____ en leur offrant un contrat de travail sur appel, payé à l'heure, en lieu et place. Ce nouveau type de collaboration s'appliquait depuis le 1er décembre 2020. La position de l'intimé avait donc conduit à perdre les emplois qu'il lui revenait de protéger.

f. Par pli du 23 février 2021, l'intimé a persisté dans ses conclusions.

g. Le 25 février 2021, la chambre de céans a transmis une copie de cette écriture aux recourants en leur accordant un délai pour faire part de leurs éventuelles observations.

h. La chambre de céans a sollicité le 13 juillet 2021 des recourants les contrats de travail de MM. E_____ et D_____, les modifications de leurs contrats de travail, voire leurs contrats sur appel et les lettres de licenciement et/ou les conventions passées avec eux.

i. Dans le délai accordé au 17 août 2021, les recourants ont produit les pièces requises, que la chambre de céans a ensuite transmises pour d'éventuelles observations à l'intimé, lequel a persisté dans sa décision dans une écriture du 31 août 2021.

j. Cette écriture a été transmise aux recourants, 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. Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1er janvier 2021, pendant devant la chambre de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

3. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Touchés par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à leur annulation ou modification, Maîtres A_____ et C_____ ont qualité pour recourir (art. 59 LPGA).

Leur recours est donc recevable.

4. La décision litigieuse porte sur le droit des recourants à une indemnité pour une RHT pour leurs employés pour une période de trois mois à compter du 8 octobre 2020.

5. a. Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). Elle 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), moyennant un délai d'attente de trois jours au maximum (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 [du 1er septembre 2020 au 30 septembre 2021] en raison de la pandémie de Coronavirus ; RO 2021 16, 169, 382).

   Cette prestation permet aux employeurs de faire des économies sur les frais salariaux (RUBIN, op cit., ibidem).

   b. Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a).

6. Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs, dont la durée normale de travail est réduite ou l'activité suspendue, ont droit à l'indemnité idoine lorsque :

   - 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 (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).

7. a. Aux termes de l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b). En revanche, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI).

Les deux conditions de l'art. 32 al. 1 let. a LACI (perte de travail due à des facteurs économiques et inévitable) sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a).

La LACI ne définit pas ce que recouvre la notion fondamentale de « facteurs d'ordre économique ». Ces facteurs d'ordre économique comprennent en réalité essentiellement ceux liés à la conjoncture. Ils peuvent toutefois également englober des facteurs structurels (DTA 2004 p. 127 consid. 1.3 p. 128 ; 2000 p. 53 consid. 4a p. 56 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_291/2010 du 19 juillet 2010 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 279/05 du 2 novembre 2006 consid. 2.2 ; C 24/99 du 11 juin 2001 consid. 4a ; C 203/95 du 8 janvier 1997 [RUBIN, op. cit., n. 6 ad art. 31 et les références citées]). 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 consid. 3a).

b/aa. L'art. 32 al. 3, 1ère phrase, 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'al. 3 de l'art. 32 LACI permet ainsi d'accorder l'indemnité en cas de RHT pour des motifs autres qu'économiques, dans certaines situations appelées : « cas de rigueur ». Cet alinéa s'écarte en conséquence de la logique du système d'indemnisation en cas de RHT, qui veut que seules les pertes de travail causées par des motifs économiques puissent être prises en considération (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces « cas de rigueur » consistent en des risques d'exploitation suffisamment inhabituels pour qu'ils ne puissent être assumés par les seuls employeurs (RUBIN, op. cit., n. 15 ad art. 31).

b/bb. 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.

b/cc. 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 [ci-après : SECO], état au 1er janvier 2021, C3 et C4).

b/dd. 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, même lorsque les critères des art. 31 et 32 LACI (voire de l'art. 51 OACI) sont réalisés, si l'une des conditions de l'art. 33 LACI est remplie, 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. 1 et 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; cf. aussi RUBIN, op. cit., n. 10 ad art. 33 LACI et les références citées).

Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires, tels que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnisables. Dans le domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du

maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. Pour une entreprise qui traite essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques normaux d'exploitation (cf. RUBIN, op. cit., n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

C'est le lieu de préciser que le SECO considère que l'apparition inattendue d'un nouveau type de coronavirus et ses conséquences ne font pas partie du risque normal d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI (cf. Jean-Philippe DUNAND et Rémy WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in Newsletter DroitduTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel, p. 14).

8. S'agissant plus spécifiquement de la procédure, l'art. 36 al. 1 LACI prévoit que 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, l'employeur doit indiquer dans le préavis : le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail (let. a) ; l'ampleur de la réduction de l'horaire de travail ainsi que sa durée probable (let. b) ; la caisse auprès de laquelle il entend faire valoir le droit à l'indemnité (let. c). Dans le préavis, l'employeur doit justifier la réduction de l'horaire de travail envisagée et rendre plausible, à l'aide des documents prescrits par le Conseil fédéral, que les conditions dont dépend le droit à l'indemnité, en vertu des art. 31 al. 1 et 32 al. 1 let. a, sont réunies. L'autorité cantonale peut exiger d'autres documents nécessaires à l'examen du cas (al. 3). Lorsque l'autorité cantonale estime qu'une ou plusieurs conditions dont dépend le droit à l'indemnité ne sont pas remplies, elle s'oppose par décision au versement de l'indemnité. Dans chaque cas, elle en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (al. 4).

9. a. En raison de la propagation de la Covid-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière » au sens de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; LEP – RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573) puis l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773) dont l'art. 3 imposait initialement une interdiction d'entrée générale sur le territoire suisse et fixait une liste exhaustive de dérogations

possibles. Avant d'être abrogée et remplacée simultanément le 22 juin 2020 par l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19 – RS 818.101.24), l'ordonnance 2 a prévu, au fil de ses versions successives, un assouplissement progressif, en particulier par l'aménagement de dérogations supplémentaires pour l'entrée de personnes sur le territoire suisse. Tout en étant calqué sur l'art. 3 de l'ancienne ordonnance 2 COVID-19, l'art. 4 de l'ordonnance 3 COVID-19 n'en consacre pas moins une simplification du fait que les restrictions d'entrée ne s'appliquent plus qu'aux ressortissants d'État tiers (i.e. n'entrant pas dans le champ d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP – RS 0142.112.681] ou de la convention instituant l'Association européenne de libre-échange [Convention AELE – RS 0.632.31]), tout en prévoyant des dérogations possibles en faveur de ces derniers (art. 4 al. 2 ordonnance 3 COVID-19 ; cf. le rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020, version du 20 juillet 2020, p. 3).

b. S'agissant des études d'avocats, celles-ci n'ont jamais été considérées – même sous l'empire de l'ordonnance 2 COVID-19 – comme des établissements publics touchés par une obligation de fermeture. Le rapport explicatif concernant ladite ordonnance précisait en effet, à toutes fins utiles, que les services de conseil à des clients individuels, pour lesquels un rendez-vous avait été convenu dans un cabinet d'avocats, n'étaient pas considérés comme des services de prestataires impliquant un contact physique au sens de l'art. 6 al. 2 let. e de l'ordonnance 2 COVID-19, pas plus que les visites des avocats à leurs clients, qui étaient autorisées, qu'elles se fassent sur rendez-vous ou non (cf. rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020, état au 28 mars 2020, p. 7/23).

c/aa. Sur le plan judiciaire, l'ordonnance instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural du 16 avril 2020 (ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), prévoit à son art. 1er que lors d'actes de procédure impliquant la participation des parties, de témoins ou de tiers, comme les audiences et les auditions, les tribunaux et autres autorités concernées doivent prendre les mesures qui s'imposent pour suivre les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique en matière d'hygiène et d'éloignement social. La même ordonnance introduit également des dérogations au code de procédure civile (CPC – RS 272) en prévoyant la possibilité, notamment en présence d'un(e) participant(e) vulnérable, de recourir à la vidéoconférence et/ou la téléconférence pour remplacer une audience publique, entendre des témoins ou des experts (cf. art. 2 à 6 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural).

c/bb. Au niveau cantonal, en application de l'ordonnance du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière – RS 818.101.26), dans son état au 29 octobre 2020, le Conseil d'État genevois a adopté un arrêté le 1er novembre 2020. Cet arrêté prévoyait notamment la possibilité pour tout responsable, d'interdire l'accès aux installations, établissements, manifestations et

autres lieux accessibles au public, à toute personne ne se soumettant pas aux mesures sanitaires destinées à lutter contre le coronavirus (art. 4), étant précisé qu'au Pouvoir judiciaire, celles-ci obéissaient (et obéissent encore) à un plan de protection spécifique (art. 12 al. 8).

Par courrier du 6 novembre 2020, Monsieur G_____, secrétaire général du Pouvoir judiciaire, a confirmé à Maître H_____, Bâtonnier de l'Ordre des avocats, que les mesures et l'état de nécessité prononcés le 1er novembre 2020 par le Conseil d'État et entrés en vigueur le 2 novembre 2020 n'avaient pas eu d'impact direct sur le plan de protection mis en place par le Pouvoir judiciaire ou sur la continuité des affaires, le régime applicable aux audiences restant dès lors inchangé. Le respect de la distance sociale étant l'un des éléments essentiels du plan de protection du Pouvoir judiciaire, il présupposait le respect de la capacité réduite des salles d'audience et, partant, la limitation du nombre de personnes en audience. Même si les récentes mesures adoptées par le Conseil d'État n'avaient pas d'impact direct sur l'activité des juridictions et des services, il en allait autrement des absences induites par les quarantaines décidées par le service du médecin cantonal ou la cellule de santé du Pouvoir judiciaire ou par l'isolement des personnes contaminées. Ces absences, lorsqu'elles se produisaient simultanément dans une même juridiction, avaient évidemment un effet direct sur la capacité de production du personnel ou des magistrat(e)s. Les délais de réalisation de certaines tâches s'en ressentaient inévitablement. Il en allait notamment ainsi du laps de temps nécessaire à la mise à disposition du dossier pour consultation et à la délivrance de copies, celui-ci pouvant passer de quelques heures à plusieurs jours. Enfin, il n'était actuellement pas rare que les avocat(e)s soient amené(e)s à formuler des demandes de report d'audience au motif qu'eux-mêmes ou leur client(e) étaient en quarantaine ou en isolement. Aussi la Commission de gestion invitait-elle les avocat(e)s à formuler ces demandes dès le motif connu, pour permettre, le cas échéant, la programmation d'une audience dans une autre procédure en lieu et place de l'audience annulée.

10. Dans la décision entreprise, l'intimé a nié le droit des recourants aux indemnités en cas de RHT, au motif que la perte de travail n'était pas avérée depuis le 8 octobre 2020. Il a relevé que dans le cadre du déconfinement progressif, en particulier de la reprise des audiences, l'activité devait reprendre normalement dès que possible et que cette condition était l'expression de l'obligation de diminuer le dommage et que la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit, comme telle, à l'indemnité, étant au surplus relevé que les recourants n'avaient pas pris les mesures possibles pour empêcher une perte de travail qui, en plus de ne pas être avérée, n'était donc pas inévitable.

    Les recourants font valoir qu'à l'époque des faits déterminants, les procédures civiles et pénales demeuraient largement impactées par le plan de protection du Pouvoir judiciaire, que les nombreux retards en découlant entraînaient une réduction de leur activité et, par voie de conséquence, une baisse du chiffre

d'affaires de leur Étude, lequel avait diminué de moitié entre le 30 septembre 2019 et le 30 septembre 2020.

11. a. Il convient en premier lieu d'examiner si les recourants ont subi une perte de travail, ce que l'intimé conteste en expliquant qu'elle n'est pas avérée.

À cet égard, les recourants ont produit, le 8 février 2021, deux tableaux concernant respectivement les mois d'octobre et novembre. Il ressort du premier tableau que sur une durée de travail de quarante heures hebdomadaires pour chacun des trois salariés, les heures à effectuer étaient au nombre de 528 (soit : 3 x 176), alors que les heures effectuées par ces trois employés correspondaient à 22.73 % pour l'administrateur et juriste, 40.91 % pour le secrétaire et 90.91 % pour l'avocat-stagiaire, soit un total de 272 heures équivalant à 48.48 % ou 256 heures perdues en octobre 2020.

Le tableau du mois de novembre révèle quant à lui qu'en partant des mêmes bases (40 heures par semaine et par employé), les heures à effectuer étaient au nombre de 504 (soit : 3 x 168), alors que les heures effectuées par les trois employés correspondaient à 23.81 % pour l'administrateur et juriste, 66.67 % pour le secrétaire et 100 % pour l'avocat-stagiaire, soit un total de 320 heures équivalant à 36.51 % ou 184 heures perdues.

La question de savoir si les employés de la recourante ont subi une perte de travail dans la mesure annoncée peut toutefois rester ouverte pour plusieurs raisons qui seront développées ci-après (consid. 11b, 11c et 12).

b. Sachant que les recourants ont indiqué, dans leur écriture du 8 février 2021, avoir licencié MM. E_____ et D_____ et qu'en vertu de l'art. 31 al. 1 let. c LACI, le congé donné fait obstacle au versement de l'indemnité en cas de RHT, il convient d'examiner les conséquences du congé donné et du réengagement de ces mêmes collaborateurs au 1er décembre 2020 sur la base d'un contrat de travail sur appel. On précisera qu'il ne ressort pas des explications fournies par les recourants si le délai de résiliation a été respecté ou si, cas échéant, le rapport de travail a été résilié d'un commun accord.

Selon le Bulletin LACI RHT, le droit à l'indemnité s'éteint dès le début du délai de congé contractuel, même si l'employeur ou le travailleur a donné le congé longtemps avant le début de ce délai. Si aucun délai de congé n'a été convenu, c'est le délai légal qui est déterminant. Lorsque le rapport de travail est résilié d'un commun accord sans respect du délai de congé légal, le droit à l'indemnité s'éteint immédiatement, soit dès la date de la résiliation anticipée du rapport de travail (ch. B28).

N'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT les travailleurs dont la perte de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (cf. art. 31 al. 3 let. a LACI). Il est impossible de déterminer la perte de travail si l'horaire de travail normal ne peut être établi de manière fiable parce qu'aucun accord contractuel concernant le travail à fournir n'a été conclu entre

l'employeur et le travailleur (ch. B30). Entrent notamment dans le cercle des travailleurs dont la perte de travail ne peut être déterminée les personnes exerçant une activité sur appel, occasionnelle ou d'auxiliaire qui sont mises à contribution de manière sporadique par l'employeur selon le volume de travail. Ces personnes ne peuvent pas compter sur un nombre d'heures de travail régulier et assuré par un contrat de travail (ch. B31).

En dérogation à l'art. 31 al. 3 let. a LACI, 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) du 20 mars 2020 prévoit à son art. 8f que le travailleur sur appel dont le taux d'occupation mensuel est soumis à de fortes fluctuations (plus de 20 %) a aussi droit à la réduction de l'horaire de travail pour autant que son emploi dans l'entreprise demandant la réduction de l'horaire de travail dure depuis plus de six mois.

c. En l'espèce, compte tenu de la résiliation des contrats de travail de MM. E_____ et D_____ le 30 septembre 2020 pour le 30 novembre 2020, les recourants ne peuvent pas prétendre à des indemnités en cas de RHT du 8 octobre au 30 novembre 2020 et doivent se voir imputer la durée des délais de congé sur les indemnités de novembre et d'octobre 2020. À partir du 1er décembre 2020, MM. E_____ et D_____ ne remplissent par ailleurs pas les conditions d'une réduction de l'horaire de travail, au vu du caractère trop récent de leur contrat de travail sur appel, au regard de l'art. 8f de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (durée de plus de six mois). S'agissant de Me F_____, le fait que celui-ci soit au bénéfice d'un contrat de durée déterminée exclut toute prise en considération de sa perte de travail (art. 33 al. 1 let. e LACI), étant précisé que l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ne dérogeait pas à cette disposition légale du 1er septembre 2020 au 31 décembre 2020, soit durant la période litigieuse (cf. RO 2020 3569).

12. Dans ces conditions, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition confirmée.

La procédure est gratuite.

*****

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
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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