RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4327/2020 **ATAS/933/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 octobre 2022

1ère Chambre

En la cause

A_____, sise _____, CONCHES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Romain JORDAN	recourante

contre

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

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente ; Christine LUZZATTO et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : la clinique) a pour but social l'exploitation dans le canton de Genève d'une clinique gérée selon les principes et l'éthique de la médecine privée libérale et destinée au traitement de toutes affections médicales et à toutes interventions chirurgicales, ainsi que la pratique de la chirurgie esthétique, de même que la distribution de produits en relation avec la médecine et la chirurgie esthétique.

Monsieur B_____ en est l'administrateur avec signature individuelle.

b. Elle est au bénéfice d'une autorisation d'exploiter un établissement médical privé depuis le 2 novembre 2011.

Par décision du 19 décembre 2019, le service du médecin cantonal de Genève (ci-après : le SMC) a interdit à la clinique, à titre de mesures provisionnelles, d'utiliser l'ensemble de ses blocs opératoires jusqu'à la mise en conformité totale, car elle ne remplissait plus l'ensemble des conditions pour bénéficier d'une autorisation d'exploiter une institution de santé prévues à l'art. 101 al. 2 loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS – K 1 03). Cette décision faisait suite à une inspection non annoncée du 21 novembre 2019 - qui elle-même était consécutive à une inspection du 16 mars 2017 et une décision du 15 avril 2019 - et à une décision d'interdiction immédiate de toutes activités de retraitement des dispositifs médicaux au vu des constats de non-conformité et du péril en la demeure qui faisaient peser un risque immédiat et grave sur la santé publique.

La chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a, par décisions des 7 et 28 février 2020, rejeté les requêtes de restitution de l'effet suspensif liées au recours interjeté par la clinique le 13 janvier 2020. Dans le cadre de l'instruction du recours, la direction générale de la santé (ci-après : la DGS) a émis, le 23 mars 2020, une proposition allant dans le sens d'une utilisation partielle des salles, lorsque la crise sanitaire liée à la COVID-19 le permettrait, assortie de conditions.

Par décision ATA/504/2020 du 22 mai 2020, la chambre administrative a autorisé la reprise partielle de l'exploitation de la clinique selon les modalités fixées par la DGS le 23 mars 2020.

La clinique a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral (cause 2C_542_2020).

Par décision du 7 septembre 2020, la DGS a autorisé l'ouverture dans la mesure et aux conditions reprises par la chambre administrative dans sa décision du 22 mai 2020, avec quelques modifications, jusqu'au 31 décembre 2020, après constat que la clinique avait remédié à bon nombre des manquements constatés et que les conditions pour une utilisation partielle des blocs opératoires étaient réunies.

Le 27 octobre 2020, le SMC a rendu une décision interdisant à la clinique d'utiliser ses blocs opératoires et limitant en conséquence son autorisation d'exploiter, ordonnant le transfert immédiat de patients hospitalisés vers d'autres établissements et ordonnant le maintien des mesures provisionnelles tant que la clinique ne serait pas en mesure de garantir les règles d'hygiène, décision déclarée exécutoire nonobstant recours et prononcée sous la menace des sanctions prévues par l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

La clinique a formé recours le 9 novembre 2020 auprès de la chambre administrative contre la décision du 27 octobre 2020 et a conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, au fond, à l'annulation de ladite décision (cause A/3639/2020).

Par décision ATA/1257/2020 du 10 décembre 2020, la vice-présidence de la chambre administrative a rejeté cette requête en mesures provisionnelles.

La chambre administrative a, par arrêt ATA/97/2021 du 26 janvier 2021 ordonné la jonction des causes A/198/2020 et A/3639/2020 sous le A/198/2020 et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé.

Le Tribunal fédéral a, par ordonnance du 3 février 2021, 2C_542/2020, rayé la cause du rôle, devenue sans objet vu les décisions de la DGS des 7 septembre - de réouverture partielle - et 27 octobre 2020 - d'interdiction à nouveau d'utiliser les blocs opératoires - de sorte que la décision du 19 décembre 2019 n'était plus en vigueur. En conséquence, la clinique n'avait plus d'intérêt actuel et pratique digne de protection au recours au sens de l'art. 89 al. 1 let. c de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) et les conditions pour qu'il entre, ce nonobstant, exceptionnellement en matière n'étaient pas réunies.

Par arrêt du 27 avril 2021, la chambre administrative a rejeté les recours de la clinique, considérant que les décisions querellées étaient fondées (ATA/447/2021 du 27 avril 2021).

Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

c. Par préavis 30 mars 2020, la clinique a sollicité auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) des indemnités pour réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) une première fois le 30 mars 2020, pour la période du 1er avril au 30 juin 2020, auxquelles l'OCE ne s'est pas opposé par décision du même jour, pour une période toutefois non précisée sur le document.

d. Par courrier simple du 11 avril 2020, elle a déposé une nouvelle demande, rétroactive, pour la période du 19 décembre 2019 au 23 mars 2020, en lien avec la décision de fermeture provisoire de ses salles d'opération prise le 19 décembre 2019 par la DGS. La demande n'avait pas été formulée plus tôt, en raison du recours qu'elle avait déposé à l'encontre de cette décision et de la décision du DGS du 23 mars 2020, proposant une utilisation partielle des blocs opératoires,

avec le bémol que toute chirurgie élective était interdite dans le canton jusqu'à nouvel ordre, en raison de la crise sanitaire.

e. Par préavis du 31 juillet 2020, elle a déposé un troisième préavis de RHT, concernant la même période.

f. Par préavis du 19 août 2020, elle a déposé un quatrième préavis de RHT, concernant la période du 1er septembre au 31 décembre 2020. Elle a fondé sa demande sur le fait qu'elle ne pouvait pas utiliser l'ensemble de ses blocs opératoires à la suite de la décision du médecin cantonal du 19 décembre 2019 et était dans l'attente de la confirmation de ce dernier pour une utilisation partielle, étant précisé qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour permettre une réouverture rapide, même partielle, desdits blocs.

g. Par préavis du 30 octobre 2020, elle a déposé un nouveau préavis portant sur la période du 9 novembre au 30 novembre 2020, en raison d'une fermeture sur « décision administrative ».

h. Le 3 novembre 2020, elle a déposé un nouveau préavis portant sur la période du 1er novembre au 31 décembre 2020, en lien avec la COVID-19.

i. Le 27 novembre 2020, elle a déposé un nouveau préavis portant sur la période du 28 octobre au 30 novembre 2020, en raison de sa fermeture provisoire sur « décision administrative ».

B. **a.** Par décision du 2 septembre 2020, l'OCE a refusé la demande portant sur la période du 19 décembre 2019 au 23 mars 2020, la clinique n'ayant pas apporté la preuve de l'envoi de son courrier le 11 avril 2020 et la demande n'aurait pas pu être octroyée car sollicitée après la fin de la période requise.

b. Par décision du 3 septembre 2020, l'OCE a également refusé la demande de RHT du 19 août 2020, portant sur la période du 1er septembre au 31 décembre 2020, au motif que les pertes de travail résultaient du comportement fautif de l'employeur, que la RHT n'aurait pu être acceptée que pour une période maximale de trois mois et que la perte de travail n'était pas établie dans son domaine d'activité.

c. Par courrier électronique du 5 novembre 2020, l'OCE a informé la clinique que son préavis du 30 octobre 2020 était englobé dans son précédent préavis du 19 août 2020, de sorte que sa décision de refus du 3 septembre 2020 valait également pour ce préavis.

d. Par décision du 10 novembre 2020, l'OCE a refusé la demande portant sur la période du 1er novembre au 31 décembre 2020, au motif que la perte de travail n'était pas avérée, ni établie dans le domaine d'activité de la clinique, et que la requête n'avait pas été envoyée dix jours au moins avant le début de la période souhaitée.

e. Par décision du 30 novembre 2020, l'OCE a refusé la demande portant sur la période du 28 octobre au 30 novembre 2020, au motif que la perte de travail causée par un dommage n'était pas prise en considération tant qu'elle était couverte par une assurance privée ou qu'un tiers pouvait être tenu pour responsable. Si l'employeur n'était pas assuré contre une telle perte, bien que cela eût été possible, la perte de travail n'était prise en considération qu'à l'expiration du délai de résiliation applicable au contrat de travail individuel. La requête n'avait pas non plus été envoyée au moins 10 jours avant le début de la période souhaitée.

C. **a.** Le 2 octobre 2020, la clinique a formé opposition à la décision du 2 septembre 2020, au motif qu'elle n'aurait pas pu déposer sa demande durant la période concernée, puisque le médecin cantonal lui avait laissé entendre – devant les améliorations requises auxquelles elle avait immédiatement déféré à la suite de la décision de fermeture des blocs opératoires du 19 décembre 2019, contre laquelle elle avait interjeté recours – que lesdits blocs allaient pouvoir rouvrir rapidement, de sorte qu'elle ne pouvait pas anticiper que la fermeture se prolongerait au-delà du 23 mars 2020. Au bénéfice d'une excuse valable, le délai de préavis aurait dû lui être restitué le 11 avril 2020, lorsqu'elle avait déposé sa demande. La décision querellée procédait d'un formalisme excessif et d'une violation du principe de proportionnalité. Elle aurait en outre été contrainte de fermer dès le 17 mars 2020 conformément à l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) et devait être mise au bénéfice des indemnités RHT pour ce motif également, aucun préavis n'étant applicable.

b. Le 5 octobre 2020, la clinique a également formé opposition à la décision du 3 septembre 2020 et a conclu à l'octroi de l'indemnité RHT pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020, subsidiairement du 1er septembre au 1er décembre 2020. La décision entreprise procédait d'une violation de son droit d'être entendue, d'une constatation inexacte des faits et d'une violation des dispositions relatives à l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Elle avait contesté la décision de fermeture des blocs opératoires du 19 décembre 2019 et aucune décision entrée en force ne constatait la non-conformité de ses équipements. L'OCE ne pouvait donc pas refuser la RHT pour ce motif et l'indemnité aurait dû lui être accordée dès lors qu'elle en remplissait les autres conditions, à tout le moins instruire la question pour respecter son droit d'être entendue. L'OCE aurait également pu limiter la période d'indemnisation à la période maximale. Enfin, la décision violait le principe de la proportionnalité, une vingtaine de collaborateurs dépendant de la survie de la clinique.

c. Le 22 décembre 2020, la clinique a également formé opposition contre la décision du 30 novembre 2020. Elle avait déposé sa demande dans le délai de dix jours, puisqu'envoyée le 30 octobre et que la décision de fermeture – contre laquelle un recours avait été déposé - datait du 27 octobre 2020. Le personnel

avait néanmoins continué à être payé, dans l'espoir de ne pas le licencier jusqu'à la reprise, une fois les travaux terminés. Ceux-ci étaient partiellement retardés, voire bloqués par la crise sanitaire. La demande d'indemnité RHT était justifiée sur un plan économique et social.

D. **a.** Par décision sur opposition du 17 novembre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition formée le 5 octobre 2020 contre la décision du 3 septembre 2020, au motif que la clinique avait été empêchée d'exercer son activité à la suite de la fermeture de ses blocs opératoires pour non-conformité, ce qui n'était pas indépendant de sa volonté puisqu'il lui appartenait de suivre les normes en la matière.

b. Par décision du 23 novembre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition formée le 2 octobre 2020 contre la décision du 2 septembre 2020, au motif qu'il appartenait à l'employeur de déposer sa demande dans les délais légaux, dès lors qu'il n'avait aucune garantie de la durée et de l'issue de la procédure concernant la fermeture des blocs opératoires.

c. Par décision du 16 mars 2021, l'OCE a rejeté l'opposition formée le 22 décembre 2020 à l'encontre de la décision du 30 novembre 2020, au motif que c'était à la suite de la décision du 27 octobre 2020 du SMC de fermer les blocs opératoires de la clinique pour non-conformité aux règles d'hygiène et aux bonnes pratiques que l'employeur avait été empêché d'exercer son activité, motif qui n'était pas indépendant de sa volonté, puisqu'il était tenu de suivre les normes en la matière afin de pouvoir l'exercer. Il n'avait par ailleurs pas produit de confirmation à l'appui du dépôt de sa demande du 30 octobre 2020, s'agissant du délai de préavis de 10 jours.

E. **a.** Par courrier du 18 décembre 2020, la clinique a adressé un recours à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans) à l'encontre de la décision du 17 novembre 2020, portant sur la période du 1er septembre au 31 décembre 2020, concluant à son annulation et à ce qu'il soit fait droit à sa requête déposée le 19 août 2020. Elle contestait supporter une faute en lien avec la fermeture de ses blocs opératoires, contre laquelle elle avait formé recours, la procédure étant encore pendante par devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), et entendait tenir l'Etat pour responsable de la fermeture abusive dont elle faisait l'objet. La RHT devait être octroyée en application de l'art. 51 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), car les modifications demandées supposaient l'octroi d'une autorisation de construire, donc une longue instruction, et qu'elle avait déposé sa requête quelques semaines après la fermeture prononcée le 19 décembre 2019, de sorte qu'elle avait pris les mesures appropriées pour diminuer son dommage. L'OCE avait violé son droit d'être entendue en n'instruisant pas la question et en ne lui donnant pas l'occasion de se déterminer. Le principe de proportionnalité était également violé, au regard

des circonstances et des intérêts en jeu, soit la survie de la clinique dont une vingtaine de collaborateurs dépendaient.

La cause a été enregistrée sous la référence A/4327/2020.

Par courrier du 19 janvier 2021, l'OCE a adressé son dossier à la chambre de céans et a persisté dans sa décision.

b. Par courrier du 11 janvier 2021, la clinique a également recouru auprès de la chambre de céans à l'encontre de la décision du 23 novembre 2020, concluant à son annulation et à l'octroi de l'indemnité RHT pour la période du 19 décembre 2019 au 23 mars 2020. Elle a fait valoir une violation de son droit d'être entendue, car elle n'avait pas eu l'occasion de prouver les faits pertinents dont la réalisation était contestée par l'OCE, lequel avait rendu une décision non motivée, ce qui l'empêchait de pouvoir concrètement et utilement contester « la motivation développée refusée ». La décision querellée procédait en outre d'un formalisme excessif et d'une violation du principe de proportionnalité, car elle n'aurait pas pu déposer sa demande durant la période concernée, puisque le médecin cantonal lui avait laissé entendre – devant les améliorations requises auxquelles elle avait immédiatement déféré à la suite de la décision de fermeture des blocs opératoires du 19 décembre 2019, contre laquelle elle avait interjeté recours – que lesdits blocs allaient pouvoir rouvrir rapidement, de sorte qu'elle ne pouvait pas anticiper que la fermeture se prolongerait au-delà du 23 mars 2020. Au bénéfice d'une excuse valable, le délai de préavis aurait dû lui être restitué le 11 avril 2020, lorsqu'elle avait déposé sa demande. Elle aurait en outre été contrainte de fermer dès le 17 mars 2020 conformément à l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) et devait être mise au bénéfice des indemnités RHT pour ce motif également, aucun préavis n'étant applicable. Les principes de la bonne foi et de la proportionnalité commandaient également l'annulation de la décision et l'octroi de l'indemnité RHT, tant son intérêt que celui de son personnel apparaissant hautement prépondérants.

La cause a été enregistrée sous la référence A/132/2021.

Par courrier du 26 janvier 2021, l'OCE a adressé son dossier à la chambre de céans et a persisté dans sa décision.

c. Par courrier du 3 mai 2021, la clinique a recouru auprès de la chambre de céans à l'encontre de la décision du 16 mars 2021, concluant à son annulation et à l'octroi de l'indemnité de RHT pour la période du 28 octobre au 30 novembre 2020. Son droit d'être entendu avait été violé dès lors qu'elle avait produit la confirmation internet ainsi que l'échange de courriels entre sa fiduciaire et l'OCE, démontrant qu'une première demande avait été déposée le 30 octobre 2020, et que la motivation de la décision attaquée était trop succincte pour lui permettre de pouvoir concrètement et utilement contester le refus qui lui était opposé. Elle lui reprochait également d'avoir fait preuve de formalisme excessif et d'avoir violé le principe de la proportionnalité, en considérant qu'elle n'avait pas respecté le délai

de préavis de 10 jours alors qu'elle avait preuve de réactivité en envoyant sa demande deux jours après la notification de la décision de fermeture, le renouvellement de la demande n'étant dû qu'à un problème interne à l'OCE, qui ne pouvait donc lui être imputé. La fermeture forcée de ses blocs opératoires, contre laquelle elle avait recouru, et sa conséquence, soit la réduction de l'horaire de travail de ses collaborateurs, étaient totalement indépendantes de sa volonté. La fermeture n'avait pas pu être évitée malgré les mesures qu'elle avait prises et sa bonne volonté. Le paiement de l'entier du salaire de ses employés constituait une charge supplémentaire particulièrement importante pour elle. La décision violait aussi le principe de la proportionnalité et de la bonne foi, compte tenu de sa situation et de la fermeture forcée de ses blocs opératoires, totalement indépendante de sa volonté, et de son intérêt – ainsi que celui de ses employés – à la poursuite de son activité et à la conservation des emplois.

La cause a été enregistrée sous la référence A/1546/2021.

Par courrier du 3 juin 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours, au motif que si la RHT avait été reconnue, elle n'aurait pu débuter qu'après un délai de 10 jours après le dépôt des demandes des 30 octobre et 27 novembre 2020, et que par courriel du 5 novembre 2020 – faisant suite au préavis du 30 octobre 2020 -, l'employeur avait été avisé que la période RHT requise avait déjà fait l'objet d'une décision le 5 octobre 2020. La RHT ne pouvait pas être reconnue puisque la fermeture résultait de la décision du médecin cantonal pour non-conformité aux règles d'hygiène et aux bonnes pratiques, de sorte que le motif n'était pas indépendant de sa volonté.

d. Par ordonnance du 24 juin 2021, la chambre de céans a ordonné la jonction des causes A/4327/2020, A/132/2921 et A/1546/2021 sous le numéro de cause A/4327/2020, les trois causes concernant les mêmes parties et la même situation de fait.

e. Lors de l'audience de comparution personnelle du 2 novembre 2021, la clinique a indiqué que les travaux – qui avaient été interrompus en raison de la pandémie - étaient désormais terminés. Les blocs opératoires avaient été refermés en octobre 2020, à la suite de la décision du médecin cantonal du 27 octobre 2020 (objet de l'arrêt de la chambre administrative du 27 avril 2021), et partiellement réouverts en juillet 2021. Elle était dans l'attente de l'autorisation de réouverture de la totalité de ses blocs opératoires. Elle avait été fermée en raison de la COVID, durant une période et les blocs avaient été ouverts deux ou trois semaines en septembre devant l'insistance des médecins.

A l'issue de l'audience, la chambre de céans a imparti à la recourante un délai au 14 décembre 2021 pour lui fournir tout document susceptible de démontrer que les blocs opératoires avaient dû être fermés en raison de la COVID et durant quelle période, et pour détermination.

f. Par courrier du 11 janvier 2022, dans le délai prolongé à sa demande, la clinique a repris son argumentation précédente, persistant dans ses conclusions, et joint la décision de l'OCE du 30 mars 2020 et un échange de courriers électroniques du 29 juillet 2020 entre la Task force RHT et elle-même, desquels il ressort que la demande de RHT du 30 mars 2020 portait sur la période du 1er avril au 30 juin 2020, qu'une nouvelle demande avait été faite pour la période du 1er juillet au 30 septembre 2020, et que la décision RHT était valable jusqu'au 31 août 2020, fin de l'ordonnance COVID. Elle a requis l'audition du SMC et de M. GIRARDET, du service juridique de l'OCE.

g. Par courrier du 3 février 2022, l'OCE a persisté dans ses décisions, la recourante ne remplissant pas les conditions légales pour bénéficier des indemnités RHT puisqu'elle n'avait fourni aucun document susceptible de démontrer que ses blocs opératoires avaient été fermés en raison de la COVID et que ses recours contre les décisions de fermeture avaient été rejetés par la chambre administrative. Les arguments de la recourante relatifs à la date du dépôt du préavis et du délai de dix jours n'étaient pas pertinents puisque la réduction de l'horaire de travail avait été refusée au motif que la perte de travail invoquée était due à la fermeture des blocs opératoires pour non-conformité, motif qui n'était pas indépendant de la volonté de l'employeur, lequel était tenu de suivre les normes en la matière. Pour ce même motif, les auditions du SMC et de M. C_____ étaient inutiles.

EN DROIT

1.

1.1 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.

1.2 Interjetés en temps utile et dans les formes, les recours sont recevables (art. 56 à 60 LPGA).

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités RHT, en faveur de ses collaborateurs, pour les périodes allant du 19 décembre 2019 au 23 mars 2020, du 1er septembre au 31 décembre 2020, respectivement du 28 octobre au 30 novembre 2020.

3.

3.1 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). 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 modifié temporairement en raison de la pandémie de Coronavirus).

3.2 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 partiel 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 RHT (ATF 121 V 371 consid. 3a).

Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a). 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 c. 3a).

L'art. 32 al. 3 phr. 1 prévoit en outre que pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur. L'art. 51 OACI concrétise l'art. 32 al. 3 LACI en énumérant, à son al. 2, de façon non exhaustive (cf. ATF 128 V 305 consid. 4), différentes situations (notamment des mesures d'autorités) permettant de prendre en considération une perte de

travail : interdiction d'importer ou d'exporter des matières premières ou des marchandises (let. a) ; contingentement des matières premières ou des produits d'exploitation, y compris les combustibles (let. b) ; restrictions de transport ou fermeture des voies d'accès (let. c) ; interruptions de longue durée ou restrictions notables de l'approvisionnement en énergie (let. d) ; dégâts causés par les forces de la nature (let. e). L'art. 51 al. 4 OACI précise encore que la perte de travail causée par un dommage n'est pas prise en considération tant qu'elle est couverte par une assurance privée.

Les pertes de travail au sens de l'art. 51 OACI ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (cf. art. 51 al. 1 OACI ; RUBIN, op. cit., n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du SECO, état au 1er janvier 2022, 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 ou lorsque les mesures des autorités sont consécutives à des circonstances dont l'employeur est responsable, 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, Bulletin LACI RHT/C14, état au 1er janvier 2022).

4.

4.1 Pour lutter contre l'épidémie de coronavirus (ci-après : COVID-19) qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes.

Ainsi, le 28 février 2020, le gouvernement suisse a adopté, en se fondant sur la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101), l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 – RS 818.101.24), dont le but est de prévoir des mesures devant permettre de

diminuer le risque de transmission du COVID-19 (art. 1), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19).

Par cette nouvelle ordonnance - modifiée à plusieurs reprises depuis son adoption -, le Conseil fédéral a notamment, en date du 16 mars 2020, interdit les manifestations publiques ou privées (art. 6 al. 1), les établissements publics étant fermés (al. 2), à l'exception des établissements de santé tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux ainsi que cabinets et établissements gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal (al. 3 let. m). Les établissements et manifestations visés à l'al. 3 doivent respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique en matière d'hygiène et d'éloignement social. Ils doivent limiter en conséquence le nombre de personnes présentes et empêcher les regroupements de personnes (al. 4). Selon l'art. 10a al. 2 de cette ordonnance, les établissements de santé tels que les hôpitaux, les cliniques et les cabinets médicaux et dentaires doivent renoncer à tous les traitements et interventions médicaux non urgents.

Selon l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 3 COVID-19), état au 17 août 2020, les cantons ils peuvent obliger les hôpitaux et cliniques à mettre à disposition leurs capacités dans le domaine stationnaire ou à les libérer sur demande (art. 25 al. 2 let. a) et à limiter ou suspendre les examens et traitements non urgents (let. b). Cette disposition a été maintenue dans l'ordonnance, dans son état aux 14 et 18 septembre 2020, 8 et 19 octobre 2020, 2 et 3 novembre 2020 et 21 décembre 2020.

4.2 Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a, en matière d'assurance-chômage, mis en place un certain nombre de dispositions visant à faciliter l'indemnisation en cas de RHT pendant la situation de crise sanitaire (voir l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus du 20 mars 2020, ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RO 2020 877). Cette ordonnance a été modifiée à plusieurs reprises (modifications du 25 mars 2020, RO 2020 1075 ; modifications du 8 avril 2020, RO 2020 1201 ; modifications du 20 mai 2020, RO 2020 1777 ; modifications du 12 août, RO 2020 3569 et modifications du 7 octobre 2020, RO 2020 3971). Elle prévoit notamment qu'en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37 let. b LACI, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Les modifications sont entrées en vigueur de manière rétroactive au 1er mars 2020 (voir art. 9 ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Cette disposition a effet jusqu'au 31 mars 2021 (art. 9 al. 6).

Aucune modification n'a toutefois été apportée aux critères relatifs à la perte de travail à prendre en considération (voir art. 31 al. 1 let. b et 32 al. 1 et 3 LACI).

5. En l'occurrence, la recourante reproche à l'intimée de ne pas lui avoir accordé les indemnités RHT pour les périodes du 19 décembre 2019 au 23 mars 2020, du 1er septembre au 31 décembre 2020, respectivement du 28 octobre au 30 novembre 2020.

Du fait de la fermeture partielle, voire totale de ses locaux, une perte de travail pourrait être soutenable, bien qu'elle ne soit en l'état pas démontrée par pièces. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner plus avant cette question dans la mesure où l'indemnité devrait de toute manière être refusée puisque la perte de travail serait due non à des conséquences liées à une décision de fermeture ou d'interdiction d'exploiter en lien avec la pandémie mais à des décisions de fermeture pour non-conformité des locaux et des installations dont le bien-fondé a désormais été confirmé par arrêt de la chambre administrative du 27 avril 2021 (ATA/447/2021 dans la cause A/198/2020), contre lequel aucun recours au Tribunal Fédéral n'a été déposé.

Dès lors qu'il appartenait à la recourante de respecter les règles inhérentes à l'exploitation de la clinique, la non-conformité de ses locaux et des installations lui ayant été indiquée à plusieurs reprises depuis 2015, sans qu'elle n'y remédie en temps utile, la perte de travail résultant des décisions de fermeture lui est imputable à faute et ne saurait donc être prise en considération pour l'octroi d'une indemnité RHT en application de l'article 33 LACI.

Le fait que les travaux de mise en conformité aient été soit arrêtés soit retardés par les conséquences de la pandémie ne modifient en rien ce constat, puisque la perte résultait initialement de circonstances dont l'employeur était responsable et auxquelles il aurait dû remédier depuis plusieurs mois, voire années. Au demeurant, cet aspect concernerait uniquement la période entre le 1er septembre et le 31 décembre 2020, au cours de laquelle la clinique a à nouveau été fermée sur décision du 27 octobre 2022 du SMC, à la suite de trois inspections inopinées portant sur les conditions d'exploitation – notamment les règles de base devant prévaloir dans un bloc opératoire qui n'étaient pas respectées, à savoir un va-et-vient des personnes et de matériels sans respecter la zone propre et la zone sale, un vestiaire surchargé de tenues propres d'étage et des tenues de ville susceptibles de polluer l'atmosphère du bloc opératoire – et non sur la conformité des locaux concernés par l'exploitation partielle. Si tant est qu'il faudrait considérer que le retard dans l'exécution des travaux pour les locaux non ouverts aurait dû être mis en lien avec le ralentissement économique résultant de la pandémie, force serait de constater, d'une part, que la recourante n'en a subi les conséquences que de manière indirecte et pas de manière plus accrue que l'ensemble des entreprises actives sur le marché et, d'autre part, que la perte subie serait encore la résultante du comportement fautif de la recourante, ce qui exclurait toute indemnité en application de l'art 33 LACI.

Pour le surplus, la recourante, bien qu'ayant été invitée à le faire, n'a ni démontré avoir dû fermer ses blocs opératoires en raison de la décision prise par les autorités pour endiguer la pandémie, ni chiffré ses pertes.

Il en résulte que c'est avec raison que l'indemnité RHT a été refusée pour les périodes concernées.

6. Un complément d'instruction sous la forme de l'audition du SMC et de M. C_____ ne s'avère pas pertinent dans ce cas particulier, vu ce qui précède. La chambre de céans y renoncera par appréciation anticipée des preuves.

7. Au vu de ce qui précède, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté.

Compte tenu du sort du litige, la recourante ne se verra pas allouer de dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare les recours recevables.

Au fond :

2. Les 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
Maryline GATTUSO	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