RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4402/2020 **ATAS/524/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 mai 2021

6ème Chambre

En la cause

A_____SA, sise _____, à PLAN-LES-OUATES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Nadine VON BÜREN-MAIER	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, case postale 2660, GENÈVE	intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Yda ARCE et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____SA (ci-après : la société ou la recourante), _____, _____ à Plan-les-Ouates, est active dans la fabrication et le commerce de produits cosmétiques, d'appareils de physiothérapie, de matériels et d'appareillages pour l'esthétique, l'exploitation de salons de coiffure, d'instituts de beauté, d'écoles d'esthétique, de B_____ centre d'enseignement esthétique et de commerce de matériels et programmes informatiques.

   La société a débuté son activité en 1978 et a été inscrite au registre du commerce le 30 novembre 1982.

2. Le 11 mars 2020, la société a déposé auprès de l'OCE un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour toute l'entreprise, soit huit personnes, pour une durée probable du 16 mars au 4 mai 2020. Elle a mentionné que suite à l'épidémie de coronavirus, il n'y avait plus aucune commande et un arrêt net de l'activité.

3. Par décisions des 17 mars 2020 et 16 juin 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) n'a pas fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT par la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la Caisse), pour toute l'entreprise (huit travailleurs) pour la période respectivement du 16 mars au 4 mai 2020 et du 6 mai au 15 septembre 2020.

4. Le 17 août 2020, la société a déposé un préavis de RHT auprès de l'OCE pour toute l'entreprise (huit travailleurs) pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020. Il n'y avait pas d'embellie concernant le carnet de commandes et la société était exportatrice pour plus de 90 % de ses produits.

5. Par décision du 27 août 2020, l'OCE a refusé la demande de RHT, au motif que la perte de travail n'était pas avérée.

6. Le 21 septembre 2020, la société a fait opposition à la décision précitée, en faisant valoir qu'en dépit des efforts fournis par son équipe et malgré les allégements des restrictions depuis le début de cette crise, l'activité n'avait pas encore retrouvé son flux de production habituel, ce qui rendait difficile une occupation à plein temps des employés. La société étant active dans la fabrication et le commerce de produits cosmétiques, la crise sanitaire actuelle avait un gros impact sur son activité, notamment sur l'exportation de ses produits qui représentaient plus de 90 % de son carnet de commandes. Le chiffre d'affaires subissait donc une forte baisse, conformément au tableau récapitulatif du chiffre d'affaires 2019-2020 joint et, par conséquent, un manque de trésorerie. Afin de pouvoir s'adapter à cette situation, la société travaillait au mieux à développer sa clientèle locale, malgré le manque de demande.

7. Par décision du 17 novembre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition, au motif que la perte causée par des mesures prises par les autorités ou due à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur était prise en considération si l'employeur n'avait pu l'éviter par des mesures appropriées et économiquement

supportables ou n'avait pu faire répondre un tiers du dommage. Dans le cadre du déconfinement progressif, la plupart du temps la justification en raison des mesures prises par les autorités devenait caduque ; l'activité devait donc reprendre normalement dès que cela était possible et que cette condition était l'expression de l'obligation de diminuer le dommage. La société n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse. Elle n'avait pas valablement justifié la perte de travail effective subie par les collaborateurs touchés par la RHT. La perte de travail n'était ainsi pas avérée. La perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit à l'indemnité RHT. Au surplus, la société invoquait l'argument que le chiffre d'affaires avait diminué, alors qu'il n'était pas possible d'effectuer des commandes en ligne sur son site internet, étant précisé qu'en période de crise sanitaire liée au COVID-19, la vente en ligne avait augmenté. En effet le site internet de la société mentionnait, le 28 octobre 2020, un retour en ligne dès que possible.

8. Par décision du 23 novembre 2020, l'OCE a refusé une nouvelle demande de RHT de la société du 20 novembre 2020 (motivée par un travail réduit à 15 % depuis mars 2020, soit une perte de travail de 85 %), pour toute l'entreprise, pour la période du 20 novembre 2020 au 31 janvier 2021, la perte de travail n'étant pas avérée.

9. Le 23 décembre 2020, la société, représentée par une avocate, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision du 17 novembre 2020, en concluant à son annulation et à l'octroi de l'indemnité en cas de RHT du 1er septembre au 31 décembre 2020.

   Elle disposait d'un laboratoire qui produisait plusieurs gammes de produits ; la vente était destinée aux professionnels uniquement, soit des cabinets d'esthéticiens, de massage ou de phytothérapie, par le biais d'accords, de distribution exclusive pour le Japon, l'Italie, Taiwan et les Etats-Unis ; en parallèle, les produits étaient vendu en Suisse directement à des professionnels (cosmétique et physiothérapie) ; pour l'année 2019, le chiffre d'affaires avait été réparti entre le Japon (61,9 %), l'Italie (13,9 %), les Etats-Unis (17 %), Taiwan (3,9 %) et la Suisse (3,8 %).

   Aucune commande ne pouvait donc être faite sur le site internet par des particuliers. Le fait que celui-ci ne soit pas fonctionnel n'avait aucun impact sur l'absence de commandes. Les commandes japonaises avaient diminué de moitié entre 2019 et 2020 et les commandes italiennes avaient chuté. En octobre 2020, les ventes à un des distributeurs américains avaient été stoppées en raison d'un litige entre les parties. Les professionnels suisses avaient réduit leur commande depuis l'été 2020 car ils pouvaient être amené à fermer leur porte du jour au lendemain, en raison des mesures COVID. La société avait dû cesser d'utiliser sa matière première pour fabriquer des produits qui ne pouvaient être vendus rapidement. Entre septembre et décembre 2020, la perte de travail oscillait entre 39,2 % et 78,13 %. L'absence de commandes en raison du COVID-19 l'avait obligée à suspendre l'activité de ses collaborateurs et réduire l'horaire de travail de ceux-ci. La recourante a notamment

communiqué un contrat-type de distribution exclusive, les décomptes d'heures travaillées de ses employés pour les années 2018, 2019 et septembre à novembre 2020, et la perte de gain, par travailleur, pour les mois de juin, juillet et août 2020.

10. Le 19 janvier 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours.

11. Le 29 mars 2021, la chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

    Monsieur C_____, représentant de la recourante, a déclaré : « Je suis le fils de A_____ et D_____et c'est moi qui gère la société. Nous développons trois gammes de produits, la première concernant le traitement pour le visage et le corps destinés à des instituts de beauté. Nos produits vont avec une technique d'application particulière destinés surtout aux esthéticiennes. Nous avons une autre gamme de produits pour les physiothérapeutes. La troisième gamme de produits n'est pas encore en vente. Nous avons huit employés, il y a un chimiste qui s'occupe du contrôle de la qualité, une secrétaire et des employés de production.

    Depuis mars 2020 nous avons eu plus de 70 % de perte de chiffre d'affaire. Je suis moi-même resté en activité car j'avais des choses à faire au bureau et j'ai parfois demandé aux employés de venir travailler en tournus égalitaire, en fonction des commandes que je recevais. En décembre 2020 j'ai vendu pour seulement CHF 9'000.-, principalement des clients suisses et cela ne suffit pas pour faire tourner l'entreprise, laquelle comprend une surface de 2500 m2, des matières premières, et cela coute de l'argent. J'ai certes obtenu un prêt COVID de CHF 150'000.- mais cela ne suffit pas. Comme je n'avais pas pris de salaire en 2019, j'ai dû rembourser les allocations familiales pour mes deux enfants. En 2020 j'ai réinjecté dans la société CHF 200'000.- qui est une avance sur héritage de mes parents. Depuis janvier 2020 j'avais un petit salaire. La société ne gère aucun institut de beauté ou de salon de coiffure, cela fait partie de son but car mon père avait commencé avec un salon de coiffure. Nous avons des contrats de distribution soit deux distributeurs pour les Etats-Unis et un distributeur par pays pour les autres pays. Pour la Suisse nous œuvrons comme distributeur direct.

    Nous avions déjà réfléchi pour vendre nos produits sur Amazon avant la pandémie, ce procédé est toutefois très compliqué pour une société, nous nous battons maintenant depuis neuf mois pour être en mesure de vendre nos produits. Il y a des difficultés relativement aux autorisations exigées par Amazon de la part de chaque pays où nous voulons vendre nos produits. Nous sommes à bout touchant et espérons pouvoir démarrer cette procédure avant Pâques. Pour le reste il y a quelques clients en Suisse qui effectuent des commandes par le biais de notre site internet. Il s'agit des produits vente qui sont différents des produits qui sont vendus en institut car ils sont vendus en plus petit flaconnage. Le site internet était en train d'être refait. Cela fait environ une année qu'il n'est pas utilisable. Je précise que nos ventes par internet n'atteignaient qu'environ 0,1 % de toutes nos ventes. Nos clients suisses font pour la grande majorité leur commande directement auprès de

l'entreprise sans passer par le site internet. Je signale que la vente par internet nous pose des problèmes car certains acheteurs revendent nos produits sur certains marchés, comme cela a par exemple été le cas avec des produits vendus au Japon alors que je ne les avais pas fournis au distributeur. Les distributeurs ayant une exclusivité nous devons la respecter et les aider pour qu'il ne retrouvent pas sur leur marché des produits qui arrivent par un autre biais. Nos distributeurs n'utilisent jamais le site internet pour effectuer leurs commandes.

La diversification pour une entreprise comme la nôtre est compliquée. Lancer un nouveau produit demande de respecter des tas de procédure, notamment à l'étranger. Il faut environ six mois pour commander des nouveaux conteneurs en plastique. Pendant la pandémie les distributeurs ont fait du drop shopping. Il s'agissait de mettre des produits à dispositions des clients en avance, c'est-à-dire que les clients n'avaient pas besoin de les payer tout de suite. Cela s'est fait en accord avec nos distributeurs. Pour le reste, comme je n'avais pas de commande, je n'avais rien à produire, j'ai également dû gérer les employés dont certains ont été affecté par le COVID et d'autres ne pouvaient venir travailler car ils devaient garder leurs enfants, voire devaient respecter une quarantaine. L'entreprise a pu maintenir environ un 15 % d'activité de septembre à décembre 2020. Nous avons notamment effectué du rangement et de la réception de matériel tel que des conteneurs.

J'ai obtenu les indemnités RHT pour la période de mars à août 2020. Pour la période dès le 1er septembre il fallait redéposer une demande. Lorsque je me suis renseignée sur celle-ci, on m'a indiqué que les indemnités étaient refusées. J'ai ensuite reçu la décision formelle de refus.

Le litige que nous avons avec un distributeur américain a débuté avant la pandémie. Celui-ci vend nos produits à des américains dont certains sont des sociétés qui revendent nos produits sur internet par exemple au Japon ou en Australie. J'ai cependant continué à honorer ses commandes, la dernière datant d'octobre 2020. Nous exigeons maintenant de lui qu'il nous fournisse la liste de ses clients pour repérer les sociétés qui les revendent. La revente sur internet par ces sociétés a affecté les commandes également des autres distributeurs, notamment japonais, étant donné que certains clients japonais pouvaient se fournir moins cher sur internet. Ce problème datait déjà de plusieurs mois avant la pandémie.

Nous produisons lorsque nous avons des commandes afin de maintenir la fraicheur de nos produits. Nous tentons également de grouper les numéros de lots. Au mois de novembre nous n'avons eu aucune commande. La diminution des commandes ne provient pas seulement du litige avec le distributeurs américain mais également de la pandémie. Par exemple les esthéticiennes travaillent moins car elles doivent nettoyer les cabines entre chaque client. La pandémie a accentué le problème de la vente de nos produits sur le marché gris, car les gens, confinés, ont effectués plus d'achats par internet. Au moment de remplir les documents j'ai indiqué une perte de travail de 100 % car je devais l'indiquer en avance. Je demande maintenant une

indemnité à hauteur d'une perte de travail effective, selon la pièce 23 de notre chargé de pièces. »

La représentante de l'intimé a déclaré : « La perte de chiffre d'affaire ressort des pièces. Quant à la perte de travail il faut qu'elle ait un lien avec la pandémie. Or, en l'espèce, la diminution des commandes est liée au litige avec le distributeur américain. On constate que la production est stoppée en octobre 2020 en raison de ce litige. On attend de la société qu'elle recherche de nouveaux marchés, trouve de nouvelles opportunités. L'argument du site internet inopérant est un argument parmi d'autres dans le sens qu'il pourrait permettre la vente directe de certains produits. Nous n'entrons pas en matière même sur une indemnisation partielle. »

12. Sur quoi 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. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. La décision litigieuse porte sur le droit de la recourante à une indemnité RHT pour ses employés pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2020. A cet égard, l'intimé a rendu, postérieurement à la décision litigieuse, une nouvelle décision de refus d'indemnité RHT pour la période courant dès le 20 novembre 2020. Cette décision du 23 novembre 2020 a reconsidéré la décision litigieuse pour la période dès le 20 novembre 2020 (art. 53 LPGA), de sorte que le présent litige ne porte que sur la période du 1er septembre 2020 au 19 novembre 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). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut

admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question. Une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à entraîner une indemnisation. Encore faut-il que cette perte se traduise par une diminution des heures travaillées (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 4 ad art. 32 LACI). L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). L'indemnité en cas de RHT doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), étant précisé qu'un délai d'attente de deux à trois jours doit être supporté par l'employeur (art. 32 al. 2 LACI et 50 al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02], étant précisé que l'art. 50 al. 2 OACI a été supprimé temporairement en raison de la pandémie de coronavirus).

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).

Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). L'art. 32 al. 3 phr. 1 prévoit en outre que pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques où à d'autres circonstances non imputables à l'employeur. L'art. 51 OACI concrétise l'art. 32 al. 3 LACI en énumérant, à son al. 2, de façon non exhaustive (cf. ATF 128 V 305 consid. 4), différentes situations (notamment des mesures d'autorités) permettant de prendre en considération une perte de travail (interdiction d'importer ou d'exporter des matières premières ou des marchandises (let. a) ; contingentement des matières premières ou des produits d'exploitation, y compris les combustibles (let. b) ; restrictions de transport ou fermeture des voies d'accès (let. c) ; interruptions de longue durée ou restrictions notables de l'approvisionnement en énergie (let. d) ; dégâts causés par les forces de la nature (let. e). L'art. 51 al. 4 OACI précise encore que la perte de travail causée par un dommage n'est pas prise en considération tant qu'elle est couverte par une assurance privée.

c. Les pertes de travail au sens de l'art. 51 OACI ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et

économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (cf. art. 51 al. 1 OACI ; RUBIN, *op. cit*, n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], état au 1er janvier 2021, C3 et C4).

La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des art. 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, lorsqu'en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, l'une des conditions de l'art. 33 LACI est réalisée, par exemple en présence d'un risque normal d'exploitation, l'indemnisation est exclue (RUBIN, *op. cit.,* n. 18 ad art. 32 LACI et n. 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a).

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

Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires, tel que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence, ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnisables. Dans le domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. Pour une entreprise qui traite essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques

normaux d'exploitation (cf. RUBIN, *op. cit*., n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

6. 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) qui interdisait les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément cent personnes (art. 6 al. 1) et qui limitait l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à cinquante personnes (art. 6 al. 2). Après avoir qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEP, le Conseil fédéral a procédé à des modifications de cette ordonnance, notamment en interdisant toutes les manifestations publiques ou privées et en ordonnant la fermeture des magasins, des marchés, des restaurants, des bars, des discothèques, des boîtes de nuit et des salons érotiques (art. 6 al. 1 et 2), ainsi que notamment des fitness, piscine et centres de bien-être (art. 6 al. 2 let. d). Par ailleurs étaient également fermés les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tel que les salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (art. 6 al. 2 let. e). Les cabinets médicaux et ceux gérés par des professionnels de la santé ont pu rester ouverts moyennant la mise en place d'un plan de protection, mais ils ont dû renoncer à tous les traitements et intervention médicaux non urgent jusqu'au 27 avril 2020 (art. 10). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

   Dès le 27 avril 2020, les prestataires proposant des services impliquant un contact physique comme les salons de coiffure, de massage, de tatouage et de beauté ont pu réouvrir moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6 al. 3 let. p selon la modification du 27 avril 2020). Dès le 6 juin 2020, les fitness, piscine et centre de bien-être ont pu réouvrir, moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6a, selon modification du 6 juin 2020).

   b. Sur le plan cantonal, dès le 1er novembre 2020, le service impliquant un contact physique avec la clientèle, tels que les esthéticiennes, ont été interdits (art. 13 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 1er novembre 2020 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).

   Dès le 18 novembre 2020, les établissements de remise en forme, et de bien-être ont été fermés (art. 11 al. 1 de l'arrêté du 18 novembre 2020 du Conseil d'Etat modifiant l'arrêté précité) et les personnes exerçant un service impliquant un contact physique avec la clientèle ont dû mettre en œuvre les mesures de protection (art. 14 de la version consolidée, état au 21 novembre 2020, de l'arrêté

d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protections de la population), soit recevoir les clients ou les patients uniquement sur rendez-vous, éviter un contact entre ceux-ci et prévoir une distance d'au moins 1m50 entre eux (selon l'annexe 1).

c. Durant la période litigieuse, l'Europe a subi une deuxième vague de COVID-19 (www.rts.ch/info/monde/12134711-comment-la-deuxieme-vague-de-covid19-a-submerge-leurope-html), laquelle a entrainé en Suisse des mesures restrictives de la part des autorités, notamment dans le cadre des activités en lien avec celle de la recourante (salon esthétique, centre de bien-être et de remise en forme).

S'agissant de la situation à l'étranger et en particulier celle des pays qui importent les produits de la recourante, la deuxième vague du coronavirus les a également frappés, entrainant de nouvelles mesures de restriction pouvant toucher les activités en lien avec la commercialisation des produits de la recourante. Tel a, à cet égard, été le cas aux Etats-Unis, au Japon et à Taiwan (www.courrierinternational.com/article/pandemie-lenfer-du-covid-la-deuxieme-vague-deferle-sur-les-etats-unis ; www.courrierinternational.com/revue-de-presse/pandemie-le-japon-en-proie-une-deuxieme-vague-de-covid-19 ; www.franceinfo-fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-japon-singapour-taiwan-ces-pays-d-asie-qui-affrontent-une-nouvelle-vague-epidemique-4625935.html).

7. S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoit 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). 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 (art. 31 al. 1 let. b et 32 al. 1 et 3 LACI).

   Le 20 janvier 2021, le SECO a édicté la directive 2021/01 sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », laquelle remplace la directive 2020/15 du 30 octobre 2020. Il ressort en particulier du ch. 2.5 que l'activité doit reprendre dès que cela est possible. Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage. Toutefois, le droit à l'indemnité en cas de RHT peut être maintenu, notamment lorsque l'entreprise ne peut mettre au travail qu'une partie de ses employés pour des motifs économiques. La perte à prendre en considération est imputable aux conséquences économiques de la pandémie. Le droit à l'indemnité en cas de RHT existe donc, si les autres conditions du droit à l'indemnité sont réalisées.

8. Dans la décision entreprise, l'intimé a nié le droit de la recourante aux indemnités en cas de RHT, au motif que la perte de travail n'était pas avérée depuis le 1er septembre 2020 ; il a relevé que dans le cadre du déconfinement progressif, l'activité devrait reprendre normalement dès que cela était possible et que la perte du chiffre d'affaires ne donnait pas droit, comme tel, à l'indemnité, étant au surplus relevé que le site internet de la recourante n'était pas utilisable, de sorte qu'il n'était pas possible d'effectuer des commandes en ligne. Lors de l'audience de comparution personnelle du 29 mars 2021, l'intimé a précisé qu'il admettait la perte du chiffre d'affaires mais considérait que la diminution des commandes était limitée au litige qui opposait la recourante à un distributeur américain et qu'il était attendu de la recourante qu'elle recherche de nouveaux marchés et trouve de nouvelles opportunités.

   La recourante fait valoir que depuis mars 2020, elle a perdu 70 % de son chiffre d'affaires, que les commandes opérées par les distributeurs ont chutés en raison de la pandémie, que le litige avec un distributeur américain a débuté plusieurs mois avant la pandémie et que, d'entente avec les distributeurs, elle avait, pendant la pandémie, mis en place un système de drop-shopping, en faisant une avance de produits au bénéfice des clients, dans le but de maintenir les ventes.

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

   A cet égard, la recourante a produit un tableau des heures travaillés montrant un chiffre de 16'665 en 2018 et 15'493.50 en 2019 (dont 4'677.75 tant pour la période septembre à novembre 2018 que septembre à novembre 2019). S'agissant de l'année 2020, le nombre d'heures travaillées a été de 1'212.76 pour la période septembre à novembre, soit une perte de travail de 74 %.

   Compte tenu de ces éléments, il convient d'admettre que les employés de la recourante ont subi une perte de travail.

   Il convient également d'admettre que les pertes de travail sont consécutives à des mesures prises par les autorités, l'employeur ayant été indirectement empêché d'exercer une activité économique, de sorte que les conditions pour la reconnaissance d'un cas de rigueur au sens des art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI, dont la liste n'est pas exhaustive, doivent être considérées comme étant réalisées. En effet, le ralentissement, voire la fermeture temporaire de certaines activités comme les soins esthétiques ou de physiothérapie, tant en Suisse qu'à l'étranger, ont entrainé la chute de commandes de la part des clients de la recourante, dont les produits sont essentiellement destinés à ces deux prestataires de soins, ce qui a d'ailleurs été admis, dans un premier temps, par l'intimé pour la période du 16 mars au 15 septembre 2020. Comme relevé par la recourante, les diverses mesures imposées par les plans de protection (telle que, pour Genève, la nécessité d'éviter un contact entre les patients et de prévoir une distance d'au moins 1m50 entre eux, ainsi que, de façon générale la nécessité de désinfecter fréquemment le lieu de

travail) ont également freiné l'activité des prestataires de soin. Cette situation ressort des mesures restrictives précitées prises tant par le gouvernement suisse que par les gouvernements étrangers, au regard de la pandémie, en particulier lors de la deuxième vague qui s'est produite en automne 2020, soit durant la période litigieuse.

A cet égard, l'intimé ne conteste pas que l'activité des clients auxquels les produits de la recourante sont destinés a été drastiquement réduite tant en Suisse qu'à l'étranger, en raison des mesures prises par les gouvernements concernés.

Cependant, même dans un tel cas de figure, l'indemnisation est exclue si la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, en particulier en présence d'un risque normal d'exploitation (al. 1 let. a). Par ailleurs, les pertes de travail ne peuvent être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il peut faire répondre un tiers du dommage. Comme exposé, cette dernière 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.

En l'occurrence, malgré un litige de plusieurs mois entre la recourante et un distributeur américain et les difficultés en résultant pour la recourante, soit une baisse du nombre de commandes globales en provenance de l'étranger, la recourante a honoré une commande du distributeur américain en cause encore en octobre 2020. On ne saurait dès lors lui reprocher d'avoir stopper entièrement sa production en octobre 2020 en raison de ce litige, contrairement à ce qu'a affirmé l'intimé, ni d'avoir ce faisant augmenté son dommage.

b. Reste à examiner si la recourante aurait pu éviter les pertes de travail par des mesures appropriées et économiquement supportables. L'intimé estime en effet que la recourante aurait dû rechercher de nouveaux marchés, trouver de nouvelles opportunités et rendre accessible son site internet.

A cet égard, la recourante a expliqué qu'elle avait déjà, avant la pandémie, débuté le projet de vente de ses produits sur Amazon et que le processus, qui était lent et compliqué en raison des nombreuses autorisations sollicitées par chaque pays concerné, était en phase d'être finalisé ; quant à la diversification et le lancement de nouveaux produits, il s'agissait également de longs processus ; s'agissant du site internet, les ventes par ce biais ne correspondaient qu'à 0,1 % des ventes totales, en raison du fait que les produits étaient distribués par le biais de contrats d'exclusivité à des distributeurs étrangers et que même la plupart des clients suisses effectuaient leurs commandes directement auprès de l'entreprise, sans passer par le site internet.

On ne saurait, dans ces conditions, reprocher à la recourante de ne pas avoir pris des mesures appropriées et économiques supportables pour éviter la perte de travail, ce d'autant qu'elle a mis en place un système, en accord avec les distributeurs, de drop-shopping visant à continuer l'écoulement de ses produits.

Les conditions posées par la loi pour accorder des indemnités en cas de RHT sont ainsi réunies pour la période du 1er septembre au 19 novembre 2020, étant constaté que l'intimé l'a déjà, dans un premier temps, admis pour la période du 1er au 15 septembre 2020. Cependant, la quotité de la perte de travail n'étant pas clairement établie, la recourante ayant indiqué une perte de travail d'abord de 100 %, puis de 85 %, tout en fournissant des chiffres d'heures travaillées établissant une perte de 74 %, il incombera à la caisse de chômage de fixer la hauteur des indemnités dues.

10. Partant, le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse annulée et il sera dit que la recourante a droit à l'indemnité RHT du 1er septembre au 19 novembre 2020.

    Vu l'issue du litige, une indemnité de CHF 1'500.- sera accordée à la recourante à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]), à charge de l'intimé.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 17 novembre 2020.
4. Dit que la recourante a droit à l'indemnité RHT du 1er septembre au 19 novembre 2020.
5. Alloue une indemnité de CHF 1'500.- à la recourante, à la charge de l'intimé.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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
Julia BARRY	Valérie MONTANI

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