AR ÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/452/2021 **ATAS/523/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 juin 2022

5ème Chambre

En la cause

A _____, sise à GENÈVE, représentée par FER-SAJEC Service d'assistance juridique	recourante

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : la société ou la recourante) est inscrite au registre du commerce de Genève, avec comme but social l'exploitation et la gestion d'un hôtel, les activités de restauration, l'exploitation de marques et licences dans ces domaines et plus généralement, les prestations de services dans les domaines de l'hôtellerie et de la restauration. Monsieur B_____ préside la direction, avec signature collective à deux.

b. En date du 16 mars 2020, jour où sont entrées en vigueur les mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie de COVID-19, la société a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) pour toute l'entreprise exploitant l'hôtel C_____ (ci-après : l'hôtel) avec un taux probable de perte de travail de 80 % et une durée probable de RHT allant du 16 mars au 31 mai 2020. 119 travailleurs étaient concernés par le préavis de RHT.

c. Par décision datée du 8 avril 2020, l'OCE ne s'est pas opposé au paiement de la RHT pour la période allant du 16 mars au 31 mai 2020. Il était spécifié que le droit à l'indemnité en cas de RHT s'éteignait si l'ordonnance COVID-19 assurance chômage était abrogée.

d. En date du 9 mai 2020, la société a déposé un nouveau préavis de RHT auprès de l'OCE, pour toute l'entreprise exploitant l'hôtel, avec un taux probable de perte de travail de 80 % et une durée probable de RHT allant du 1er juin au 31 décembre 2020. 135 travailleurs étaient concernés par le préavis de RHT.

e. Le 28 mai 2020, la direction de l'hôtel a envoyé une lettre circulaire à tous ses collaborateurs pour les informer que la crise sanitaire causée par la pandémie de COVID-19 était catastrophique pour l'ensemble de l'économie et plus particulièrement pour le tourisme, secteur le plus atteint par les conséquences économiques découlant de la pandémie. Malgré la mise en place rapide de la procédure de RHT, qui avait permis de maintenir les places de travail dans l'attente d'un retour à la normale du point de vue sanitaire, le taux de vacance des chambres avoisinait les 90 % et la chute du chiffre d'affaires était telle que les coûts supportés par l'hôtel dépassaient ses revenus et ce pour une durée encore indéterminée. Après avoir examiné plusieurs solutions, la société envisageait de procéder à un licenciement collectif, à compter du mois de juillet 2020, qui concernait 130 postes sur les 141 collaborateurs de l'hôtel. Il était prévu que des travaux de réfection du bâtiment seraient menés pendant la période d'inactivité. Au vu du licenciement collectif envisagé, les collaborateurs étaient informés qu'une période de consultation des travailleurs était ouverte, laquelle s'étendait jusqu'au vendredi 12 juin 2020. Dans ce délai, les collaborateurs étaient invités à faire part de toutes les propositions ou idées qui pourraient améliorer la situation,

éviter les congés ou en limiter le nombre, ainsi qu'en atténuer les conséquences. L'OCE a été informé parallèlement de ce projet de licenciement collectif.

f. Par recommandation du 24 juin 2020, dans la cause Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (ci-après : SIT) contre la société, la chambre des relations collectives de travail (ci-après : la Chambre) s'est fondée sur l'annonce du 28 mai 2020 informant le personnel de l'hôtel d'envisager un licenciement collectif et l'intervention du SIT du 2 juin 2020. La Chambre a pris en considération qu'il était incontestable que l'hôtel faisait des pertes importantes depuis le début de la pandémie et que les perspectives d'amélioration, pour les prochains mois, étaient inexistantes et que, dans l'hypothèse d'un licenciement collectif, il était dans l'intérêt de l'employeur de pouvoir reprendre son personnel, les jours meilleurs étant revenus, ainsi que dans l'intérêt des travailleurs d'être réengagés, s'ils n'avaient pas trouvé d'autre solution. La Chambre a donc conclu en recommandant aux parties de conclure un accord de réengagement du personnel licencié.

g. Par courrier du 8 juillet 2020, la société a informé l'OCE qu'après plusieurs prolongations du délai de consultation, la procédure s'était terminée le 1er juillet 2020 et que, malgré les efforts déployés par les employés et leurs représentants, aucune solution n'avait pu être trouvée afin d'éviter la fermeture de l'hôtel, pour une durée indéterminée, et le licenciement de l'ensemble des collaborateurs. Dès lors, le conseil d'administration avait pris la décision difficile de devoir fermer l'hôtel, le 31 août 2020. Les licenciements auraient lieu durant le mois de juillet 2020 et concerneraient 130 employés au total, les 11 employés restants étant au bénéfice d'un contrat de durée déterminée ou ayant vu leur contrat résilié avant le début de la procédure de licenciement collectif. 8 employés, seulement, ne verraient pas leur contrat de travail résilié en juillet 2020, afin d'assurer le suivi de la résiliation des contrats de personnel et la fermeture de l'établissement, puis seraient licenciés, dans un second temps.

h. Par lettre circulaire du même jour, le personnel a été informé de la décision du conseil d'administt6z6tration de la société de fermer l'hôtel et de résilier les contrats de travail.

B. **a.** Par décision concernant l'indemnité en cas de RHT du 28 août 2020, l'OCE s'est référé au préavis de RHT déposé par la société en date du 9 mai 2020 et, se fondant sur l'annonce, au mois de mai 2020, de l'intention de la société de procéder à un licenciement collectif, a considéré que le maintien des emplois dès le mois de juin 2020 n'était clairement plus assuré et a refusé, par conséquent, la prolongation de la RHT demandée par la société, pour la période allant du 1er juin au 31 décembre 2020.

b. Par courrier de son mandataire du 25 septembre 2020, la société s'est opposée à la décision de refus de prolongation de la RHT du 28 août 2020.

c. À la demande de l'OCE, Monsieur D_____, administrateur de la société, a fourni des détails sur la manière dont la décision de fermer l'hôtel et de licencier le personnel avait été prise par le conseil d'administration, dans un courrier rédigé en anglais et daté du 16 décembre 2020, qui a été transmis à l'OCE le 21 décembre 2020. Il a expliqué (traduction libre) qu'il n'y avait pas de procès-verbal de la décision adoptée par le conseil d'administration suite à la fin de la période de consultation, le 1er juillet 2020. M. D_____ a exposé que la décision avait été prise, par téléphone et par vidéoconférence, le lundi 6 juillet et le mardi 7 juillet 2020, avec la direction de l'hôtel, et plus particulièrement M. B_____. Le but de ces discussions était de déterminer la décision qui devait être prise pour l'avenir de l'hôtel, en tenant compte des propositions faites pendant la période de consultation, d'une part en ce qui concernait les contrats des employés et d'autre part en vue d'une éventuelle fermeture de l'hôtel. Au vu de l'absence de solution pérenne pour garder l'hôtel ouvert, même partiellement, une décision avait finalement été prise, le 7 juillet 2020, qui consistait à fermer l'hôtel, dès le 1er septembre 2020 et à notifier le licenciement collectif à l'ensemble des employés, au mois de juillet 2020. Ladite décision avait été communiquée oralement à la direction de l'hôtel sans qu'il n'y ait eu de séance [en présentiel] du conseil d'administration et/ou un procès-verbal de ladite séance.

d. Par décision sur opposition du 7 janvier 2021, l'OCE a écarté l'opposition et a confirmé la décision du 28 août 2020. L'autorité considérait qu'au vu des pièces figurant au dossier, c'était à partir du mois de mai 2020, au plus tard, que l'employeur avait décidé de fermer son établissement et de procéder à un licenciement collectif. Même s'il était exact que la procédure de consultation en cas de licenciement collectif était destinée à permettre aux employés de proposer à l'employeur des solutions afin d'essayer d'éviter certains licenciements, ou à tout le moins d'en atténuer les effets, cette procédure ne pouvait toutefois pas empêcher la fermeture de l'hôtel décidée par la société. Selon l'OCE, la société avait déjà pris la décision de fermer l'hôtel, au plus tard en mai 2020, soit au moment où elle en avait informé ses collaborateurs, ainsi que l'autorité. Il était mentionné que la décision de procéder au licenciement et à la fermeture de l'hôtel avait été prise, oralement, par l'administrateur et le directeur de l'établissement, les 6 et 7 juillet 2020 mais que faute d'éléments concrets démontrant le contraire, il fallait retenir que cette décision avait déjà été prise en juin 2020 et que le maintien des emplois, dès cette date, n'était plus assuré, ce qui justifiait de refuser l'octroi de la RHT dès le 1er juin 2020.

C. **a.** Par acte de son mandataire, reçu à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) le 10 février 2021, la société a interjeté recours contre la décision sur opposition du 7 janvier 2021. Elle concluait, préalablement, à l'audition des parties et de témoins et, au fond, à l'annulation de la décision querellée et à ce qu'une nouvelle décision octroyant un préavis favorable à la prolongation du paiement de l'indemnité en cas de RHT soit

rendue, pour la période allant du 1er juin au 31 juillet 2020, conformément à la demande de préavis déposée le 9 mai 2020, le tout avec suite de dépens. Sur le fond, la recourante reprenait l'argumentation déjà développée dans son opposition, selon laquelle ce n'était que le 7 juillet 2020 que la décision de fermeture de l'hôtel et de licenciement de l'ensemble du personnel avait été prise. Il était rappelé que pendant le mois de juin 2020 et jusqu'au 8 juillet 2020, la société avec continué de recevoir quelques réservations pour la période estivale mais également pour les mois de septembre à décembre 2020 et pour l'année 2021 ; lesdites réservations avaient été validées, car l'objectif était de maintenir l'hôtel ouvert, malgré la crise et les difficultés économiques rencontrées, et de rester dans l'attente des solutions qui pourraient être mises en œuvre dans le cadre de la procédure de consultation. Ce n'était qu'à la suite de l'annonce du 8 juillet 2020 de la fermeture de l'hôtel le 31 août 2020, que l'hôtel avait cessé d'enregistrer des réservations arrivant entre le 9 juillet et le 31 août 2020, pour des séjours prévus dès le 1er septembre 2020. Il était encore allégué qu'à ce jour, aucun employé, ni le SIT pour le compte des employés, n'avait formé une opposition contre les licenciements prononcés, en particulier au motif que la procédure de consultation préalable au licenciement aurait été violée et serait donc abusive.

b. Par réponse du 11 mars 2021, l'OCE a considéré que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision précitée et a informé la chambre de céans qu'elle persistait intégralement dans les termes de celle-ci. Selon l'intimé, il ressortait des pièces figurant au dossier que la recourante n'avait pas contesté avoir, déjà avant l'apparition de la pandémie, eu l'intention de procéder à des travaux de rénovation d'envergure de son établissement, travaux pouvant entraîner la fermeture temporaire de l'hôtel. Elle n'avait pas non plus contesté avoir informé l'OCE, dès le mois de mai 2020, de son intention de procéder à un licenciement collectif de la quasi-totalité de son personnel. Selon l'OCE, la recourante ne pouvait pas se prévaloir de la procédure légale en matière de licenciement collectif pour faire supporter la charge des salaires à l'assurance-chômage durant cette procédure. En effet, si l'existence de la procédure de consultation en matière de licenciement collectif visait, certes, le maintien de tout ou partie des emplois, cette procédure pouvait également consister à permettre aux parties de trouver un accord sur les éventuelles compensations liées à la fermeture inéluctable. Dans la situation particulière du cas d'espèce, le maintien des emplois au sein de l'hôtel exploité par la société ne pouvait plus être garanti et partant, il se justifiait de refuser l'octroi de l'indemnité RHT dès le 1er juin 2020.

c. Par réplique du 26 mars 2021, la société a insisté sur le fait que la décision de fermer l'établissement et de procéder aux licenciements n'avait été prise qu'en date du 7 juillet 2020 et que, par conséquent, il se justifiait de lui accorder les indemnités RHT.

d. Par duplique du 13 avril 2021, l'OCE a relevé que la recourante n'avait jamais produit un procès-verbal d'assemblée générale, ni même de décision du conseil d'administration entérinant la fermeture de l'hôtel, mais s'était contentée d'indiquer que ladite décision avait été prise par visioconférence le 7 juillet 2020 par le directeur de l'hôtel, M. B_____, et par l'un des administrateurs de la société, M. D_____. Cet entretien verbal ne pouvait pas être assimilé à une décision d'une assemblée générale, ni être retenu comme étant la date à partir de laquelle la décision de fermeture avait été prise.

e. Par courrier du 11 mai 2021, la société a transmis à la chambre de céans des pièces complémentaires, notamment un témoignage écrit (affidavit) rédigé en anglais et daté du 7 mai 2021, adressé à la chambre de céans, par lequel (traduction libre) les soussignés, soit M. D_____, Monsieur E_____ et Madame F_____ confirmaient qu'aucune décision formelle écrite n'avait été prise par le conseil d'administration de la société afin de procéder au licenciement collectif des employés en juillet 2020 et de fermer l'hôtel dès le 1er septembre 2020. Le conseil d'administration avait été informé de la situation, y compris des résultats de la consultation des employés, par M. B_____ communiquant avec M. D_____ les 6 et 7 juillet 2020. Le licenciement collectif des employés et la fermeture de l'hôtel s'étaient avérés être les seules solutions économiquement viables pour la société, dès lors qu'il n'y avait pas d'autre option pour garder l'hôtel complètement ou partiellement ouvert. Il n'y avait pas eu de procès-verbal de la décision du 7 juillet 2020. La société alléguait, dans son courrier d'accompagnement, qu'aucune directive du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) n'obligeait à ce qu'une décision formelle écrite soit produite, afin de déterminer la date à laquelle la décision de fermeture avait été prise. Il n'était mentionné que la nécessité de réunir des indices évidents, sur la base desquels il était manifeste que l'entreprise avait prévu de cesser ses activités.

f. Par courrier du 29 novembre 2021, la chambre de céans a interpellé la société et lui a demandé de préciser quels témoins elle souhaitait faire entendre et quels étaient les faits sur lesquels ces témoins pouvaient participer à l'instruction de la cause. La société a répondu par courrier du 20 décembre 2021. L'OCE s'en est rapporté à la chambre de céans quant à l'opportunité de l'audition des personnes proposées par la société.

g. En date du 28 avril 2022, les parties ont été entendues en comparution personnelle. Trois personnes ont été auditionnées à titre de renseignements.

M. B_____, directeur de la société, a confirmé que Mme F_____ et M. E_____ étaient les représentants du propriétaire de la société, qui était domicilié à Kuala Lumpur en Malaisie.

Lorsque le confinement avait été décidé à mi-mars 2020, les restaurants et les hôtels ne pouvaient plus recevoir de clientèle et le trafic aérien était fortement réduit. La société ignorait combien de temps ces mesures dureraient et c'était au

début du mois de mai 2020 que la société avait commencé à discuter avec les administrateurs et avec le propriétaire de l'éventualité de démarrer une procédure de consultation en vue d'un licenciement collectif. Le créneau de l'hôtel visait une clientèle de luxe internationale, mais surtout moyen-orientale, pendant l'été, qui était la meilleure saison. Il était clair que si une bonne saison d'été ne pouvait pas être réalisée afin « d'engranger de la réserve », cela mettait fortement en danger les activités de la société. L'ouverture de la procédure de consultation permettait également de gagner du temps et de voir comment la situation sanitaire allait évoluer ; il n'était pas exclu que les affaires reprennent, notamment selon ce que disaient les scientifiques à l'époque, à savoir qu'avec l'arrivée de la saison chaude, le virus allait diminuer, voire disparaître. La décision d'ouverture de la procédure de consultation avait été prise dans l'idée qu'une amélioration pouvait survenir et qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'aller jusqu'au bout de la procédure. Sur le plan de l'organisation et du facteur humain, c'était compliqué car cela impliquait de licencier 130 personnes. Les propositions qui avaient été faites par le personnel pendant la procédure de consultation n'avaient pas pu être suivies ; à titre d'exemple, il avait été proposé de développer un service à l'emporter alors que le restaurant était déjà en pertes avant la survenue de la pandémie.

M. B_____ avait eu des conférences téléphoniques et des visioconférences avec les membres du conseil d'administration à Kuala Lumpur et il avait présenté les chiffres, notamment les réservations, après quoi l'ensemble du conseil d'administration à l'unanimité avait considéré qu'il fallait procéder au licenciement collectif.

Il n'y avait pas eu de procès-verbal de ces conférences à distance, lors desquelles la décision du licenciement collectif avait été prise, mais, de mémoire, M. D_____ avait fait un rapport.

Sur question de la représentante de l'OCE, M. B_____ avait confirmé que des travaux de rénovation avaient toujours été envisagés mais que les fonds manquaient. Dans tous les cas, il était prévu de fermer un à deux mois, puis d'ouvrir et de poursuivre les travaux sur une plus longue période, mais aucun licenciement n'était prévu. Le paiement des salaires, pendant la fermeture de l'hôtel pour rénovation, faisait partie des coûts budgétés pour cette dernière.

Lorsque les conditions sanitaires avaient permis la réouverture théorique de l'hôtel, celle-ci n'avait pas eu lieu car le propriétaire était indécis ; il fallait injecter de l'argent pour des travaux de rénovation et le propriétaire cherchait un partenaire pour partager le financement et le risque ; finalement, aucune décision n'avait été prise de son côté. Le propriétaire n'excluait pas non plus de revendre l'hôtel. En l'état, M. B_____ ne savait pas ce que le propriétaire voulait faire.

Monsieur G_____ était le directeur de l'hôtel au moment où la procédure de licenciement collectif avait démarré. Il a confirmé n'avoir pas participé aux

conférences téléphoniques et aux visioconférences avec le conseil d'administration car il n'avait de contact qu'avec M. B_____. Ce dernier avait été le premier à lui parler de l'éventualité d'un licenciement collectif ; à partir de là, il avait fallu préparer différents scénarios qui pouvaient être appliqués, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire ; le licenciement collectif faisait partie des options qui devaient être examinées, étant précisé que la priorité était de garder l'hôtel ouvert et de maintenir les emplois des collaborateurs. Avant la pandémie, la société avait présenté le budget 2020 au mois de février 2020, car les résultats de l'exploitation de l'hôtel à la fin de l'année 2019 étaient déjà connus. Les chiffres étaient positifs et le résultat de l'année 2019 avait été apprécié par le propriétaire de l'hôtel.

Lorsque la pandémie s'était déclarée, la priorité avait été de garder les occupants qui louaient une chambre à l'année. Au vu de la situation qui ne s'améliorait pas mais avait plutôt tendance à empirer, le propriétaire avait demandé de considérer la possibilité de licencier, soit partiellement, soit collectivement. Le ressenti de M. G_____ était que la décision avait été prise par le propriétaire, depuis l'Asie, ce dernier s'intéressant surtout aux chiffres.

Il était exact que la procédure de consultation avait duré plusieurs mois pendant lesquels la direction avait écouté et consulté les collaborateurs et avait essayé d'épuiser toutes les solutions possibles pour éviter le licenciement. En définitive, c'était le propriétaire de l'hôtel qui avait décidé de la fermeture, selon les informations que M. G_____ avait obtenues de M. B_____. Il avait appris la décision de licenciement collectif juste avant de l'annoncer aux collaborateurs, au début du mois de juillet. Il est vrai que la situation allait de pis en pis et ceci laissait présager la fermeture de l'hôtel.

Madame H_____, responsable des ressources humaines de la société, a confirmé avoir appris au mois de juillet 2020, peu avant les collaborateurs, la décision de licenciement collectif. Elle était la personne de contact entre les syndicats, les collaborateurs et la direction, dans le cadre de la procédure de consultation. Elle confirmait qu'au vu de la baisse du chiffre d'affaires, et du fait que la pandémie se poursuivait, M. G_____, M. B_____ et la directrice des finances, Mme I_____, avaient fait le constat qu'il fallait commencer la procédure de consultation. Elle n'avait pas eu de contact direct avec le propriétaire et c'était M. B_____ qui lui avait annoncé que le conseil d'administration avait pris la décision du licenciement collectif.

À la question du représentant de la recourante, Mme H_____ a confirmé que pendant toute la procédure de consultation, la société avait continué de prendre des réservations en considérant que la fermeture de l'hôtel n'était pas encore certaine. Le lendemain de l'annonce du licenciement collectif, la société avait contacté les clients, pour les informer que l'hôtel ne pouvait pas donner suite à leur demande de réservation.

À la demande de la chambre de céans, la représentante de l'OCE a confirmé qu'en dehors de cette cause, il n'y avait eu aucun autre cas de contestation d'un refus de RHT, par une société qui allait arrêter définitivement ses activités en raison de la pandémie de COVID-19.

h. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

i. Les autres faits seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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 et dans les formes, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités RHT pour la période allant du 1er juin au 31 juillet 2020.

5.

5.1 Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la 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 COVID-19).

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

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.

5.3 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 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, 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).

6.

6.1 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 du 28 septembre 2012 (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 (RS 818.101.24 ; RO 2020 573) puis l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RS 818.101.24 ; RO 2020 773) 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). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783).

Les magasins et marchés ont pu rouvrir dès le 11 mai 2020 (RO 2020 1401).

6.2 S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoyait, à son art. 8*b* al. 1 que l'employeur n'était pas tenu de respecter un délai de préavis, lorsqu'il avait l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1er juin 2020 (RO 2020 3569). Quant à l'art. 8*c* de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, il prévoyait qu'en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, le préavis devait être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail durait plus de six mois. Cette disposition a été abrogée par modification du 12 août 2020, avec effet au 1er septembre 2020 (RO 3569).

7.

7.1 En l'espèce, l'intimé s'oppose au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que la société avait l'intention de licencier son personnel au moment du dépôt de la demande de préavis, le 9 mai 2020.

7.2 La recourante, de son côté, allègue que nonobstant le début de la consultation devant précéder un éventuel licenciement collectif, la décision formelle de licenciement n'avait été prise qu'en date du 7 juillet 2020, ce qui implique que le

droit aux indemnités RHT doit lui être accordé pour la période allant du 1er juin au 31 juillet 2020.

7.3 Par licenciement collectif, on entend, au sens de l'art. 335d de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de trente jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est au moins : égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs (ch. 1) ; de 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs (ch. 2) ; égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs (ch. 3).

L'art. 335f CO impose à l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. Il doit leur donner, au moins, la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. Il est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, tous les renseignements utiles à cet effet et de leur communiquer en tout cas par écrit : a. les motifs du licenciement collectif ; b. le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ; c. le nombre des travailleurs habituellement employés ; d. la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés. L'employeur a également l'obligation de transmettre à l'office cantonal du travail une copie de la communication prévue à l'al. 3.

Selon l'art. 335g CO, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif et de transmettre à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, une copie de cette notification. La notification doit contenir les résultats de consultation de la représentation des travailleurs (art. 335f CO) ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif. Si le contrat de travail est résilié dans le cadre d'un licenciement collectif, les rapports de travail prennent fin trente jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur (al. 4).

7.4 En l'occurrence, c'est par courrier du 28 mai 2020 que la société a informé l'autorité du projet de licenciement collectif, conformément à l'article 335g CO, étant précisé qu'il était projeté de licencier environ 90 % du personnel, soit plus de 100 personnes mais moins de 300, ce qui entrait dans le cadre d'un licenciement collectif, selon l'art. 335d ch. 2 CO.

Il est dès lors établi que la société a informé l'autorité, dès ce moment, qu'elle envisageait de licencier le personnel de l'hôtel, même si les conditions instaurées

par l'art. 335g CO l'obligeaient, avant que le licenciement ne puisse suivre son cours, à consulter les travailleurs et les syndicats.

Selon la directive 2020/12 du SECO, applicable avec effet rétroactif au 1er mars 2020 et jusqu'au 31 décembre 2020, ch. 2.26, l'autorité, si elle dispose d'indices suffisants laissant croire à une fermeture imminente ou effective de l'entreprise doit alors, même si la RHT a été approuvée, suspendre provisoirement les versements, la condition du caractère temporaire de la perte de travail et du maintien des emplois n'étant pas ou plus remplie.

Sur ce dernier point, la directive renvoie au bulletin LACI RHT ch. B23 du SECO qui stipule que, lorsque des indices concrets laissent présumer que la RHT n'est qu'une étape préliminaire à une fermeture programmée de l'entreprise (ouverture de la faillite, liquidation concordataire), la condition du caractère temporaire de la perte de travail et du maintien des emplois n'est pas ou plus remplie. Lorsque la caisse de chômage apprend l'imminence de la fermeture d'une entreprise, elle doit suspendre le versement de l'indemnité, même si la RHT a été approuvée, et soumettre le cas à l'autorité cantonale. Si l'examen approfondi révèle que la fermeture de l'entreprise n'a pas eu lieu et n'est pas davantage prévue, l'autorité cantonale est tenue d'avertir la caisse de chômage que la perte de travail est toujours à considérer comme provisoire. Si les autres conditions que la caisse de chômage doit vérifier sont remplies, cette dernière annule à nouveau la suspension des versements. Dans le cas contraire, la suspension des versements est maintenue. Pour pouvoir juger d'une fermeture prévisible de l'entreprise, il doit y avoir des indices évidents (par exemple procès-verbaux des séances du conseil d'administration ou décisions prises par la direction), sur la base desquels il est manifeste que l'entreprise a prévu de cesser ses activités. L'autorité cantonale doit annuler la décision, jusqu'alors positive, concernant l'indemnité en cas de RHT, une fois que la fermeture de l'entreprise a été décidée (révision procédurale ou reconsidération). La restitution des indemnités en cas de RHT peut uniquement être demandée pour la période à partir de laquelle la décision positive a été annulée.

Selon le bulletin LACI RHT ch. B24-B25, la RHT n'est pas approuvée lorsque l'entreprise requérante est en sursis concordataire. À partir du moment où le sursis concordataire a été accordé, l'indemnité n'est plus payée. L'autorisation et le paiement de RHT n'est admissible durant une procédure concordataire que si l'entreprise rend vraisemblable, à l'aide de moyens de preuve ad hoc (demande de sursis, projet de concordat, attestation du commissaire au sursis, etc.) que les emplois touchés par la RHT pourront être maintenus même si une procédure concordataire est en cours. La RHT ne peut être autorisée et les indemnités correspondantes payées que si le sursis concordataire a été levé et que la faillite est écartée.

Il résulte de ce qui précède que le principe est celui de la suspension du paiement des indemnités, jusqu'à droit connu sur le fait que l'entreprise va cesser, ou non,

ses activités. Une fois que la décision de cessation des activités est établie, l'autorité doit annuler la décision, jusqu'alors positive, concernant l'indemnité en cas de RHT, par la voie de la révision procédurale ou reconsidération, car la perte de travail n'est plus provisoire mais définitive.

7.5 En l'occurrence, l'OCE a procédé différemment ; il n'a pas accordé, dans un premier temps, son préavis favorable puis suspendu le paiement des indemnités RHT, mais il a différé la prise de décision par rapport à la demande d'indemnités RHT de la société, jusqu'à droit connu sur la fermeture de l'entreprise.

Ce faisant, il est parvenu au même résultat que celui préconisé par le ch. B23 du bulletin LACI RHT susmentionné, à savoir, prendre une décision en connaissance de cause de la fermeture, mais sans passer par le mécanisme de la reconsidération dès lors qu'il n'avait pas pris de décision positive consécutivement à la demande de préavis du 9 mai 2020.

Si l'autorité avait donné immédiatement une suite favorable à la demande du 9 mai 2020, elle aurait été en droit de suspendre le paiement des RHT, dès le 28 mai 2020 – moment où elle a appris par courrier le projet de licenciement collectif – puis, dès le 7 juillet 2020 – date de la prise de décision définitive de fermer l'hôtel – elle aurait pu prendre une décision de reconsidération, annulant la précédente décision positive.

En lieu et place, l'OCE n'a pas donné de suite positive à la demande de préavis de la recourante du 9 mai 2020, pour l'obtention d'indemnités RHT, dès le 1er juin 2020 ; elle a rendu directement une décision négative, en date du 28 août 2020, dénuée d'incertitude, dès lors que la fermeture de l'hôtel avait été décidée le 7 juillet 2020.

Compte tenu de ce qui précède, il est vain de tenter d'établir à quel moment exactement la décision de fermeture de l'hôtel et de licenciement collectif a été prise ; il faut et il suffit de constater qu'avant que la période d'octroi des indemnités RHT demandées par la société n'ait commencé, soit avant le 1er juin 2020, l'autorité était déjà en droit de suspendre le paiement des RHT suite à la communication de la société du 28 mai 2020 et en droit d'annuler une éventuelle décision positive, sur reconsidération, dès après le 7 juillet 2020.

C'est le lieu de rappeler que, selon le Tribunal fédéral, pour trancher le point de savoir si la perte de travail est vraisemblablement temporaire et si les emplois pourront être maintenus, il y a lieu d'apprécier de façon prospective les circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 373 s. consid. 2a ; DTA 1989 n. 12 p. 124 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 292/03, du 2 novembre 2004 consid. 3.1).

Or, dans le cas d'espèce, au moment où l'intimé a rendu sa première décision, à savoir le 28 août 2020, la décision de licencier le personnel était déjà connue de l'OCE, point n'était besoin d'apprécier de façon prospective les circonstances, ces

dernières étant déjà passées. Ce raisonnement est valable, a fortiori, en ce qui concerne la décision sur opposition querellée du 7 janvier 2021.

8. Le recours sera donc rejeté.

9. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version - applicable en l'occurrence - en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

PAR CES MOTIFS,

LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Rejette le recours.
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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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