RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2060/2020 **ATAS/741/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 6 juillet 2021

9ème Chambre

En la cause

CRÈCHE A_____, sise à CHÊNE-BOURG	recourante

contre

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

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. L'association de la Crèche A_____ (ci-après : l'association) est une association à but non lucratif, avec siège à Chêne-Bourg (art. 1 des Statuts). Elle a pour but d'organiser, de gérer et de développer un ou des espaces de vie enfantine destinés à l'accueil de la petite enfance (art. 2 al. 1 des Statuts). L'association est implantée sur deux sites : site B_____ et site C_____.

Les ressources de l'association sont constituées par les cotisations des membres, des écolages, pensions versées par les parents, des subventions publiques, des produits de collecte, ventes ou activités diverses, dons et legs, le résultat d'exploitation et de toute autre contribution de quelque nature que ce soit (art. 6 al. 1 des Statuts). La commune assure sous forme de subventions une partie du financement de l'association selon les modalités définies et mises en place entre le comité de l'association et la commune (art. 6 al. 3 des Statuts).

b. À la suite des mesures officielles prises dans le cadre de la pandémie de Coronavirus par le Conseil fédéral et le Conseil d'État genevois, l'association a été contrainte de fermer ses structures d'accueil du 16 mars au 26 avril 2020.

B. a. Le 14 avril 2020, l'association, site de B_____, soit pour elle son président Monsieur D_____, a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour le secteur d'exploitation « employés sauf administratif », annonçant une perte de travail de 64.30 % pour 19 employés du 16 mars au 26 avril 2020.

Le même jour, l'association a transmis à l'OCE un autre formulaire de préavis de RHT pour le site de C_____, pour le secteur d'exploitation « employés sauf administratif », annonçant une perte de travail de 64.30 % pour 24 employés du 16 mars au 26 avril 2020.

b. Le 21 avril 2020, répondant aux questions de l'OCE, l'association a précisé que les deux sites de l'association bénéficiaient de subventions de la commune de Chêne-Bourg. Le taux de subvention était, pour le site de C_____, de 65 % par rapport aux revenus globaux et, pour le site de la B_____, de 68 % des revenus globaux. L'association assumait pour les deux sites un risque entrepreneurial et de faillite si le prix des pensions n'était pas versé, car cela n'était pas couvert. Le risque était significatif et ne pouvait exclure un problème de pérennité de l'institution même avec l'appui de la commune, par le biais de sa subvention. Il n'était pas possible de répondre à la question relative à un risque immédiat de disparition des emplois au sein de l'association. L'association était éminemment dépendante du versement des pensions par les parents et de la décision de la commune en matière de subventionnement. Elle versait sa subvention de manière régulière, continue et ponctuelle sur une base mensualisée. La commune avait informé l'association de ce que la situation faisait partie d'une réflexion des organes compétents afin de pallier les effets et les conséquences de la situation actuelle.

c. Par décision du 22 avril 2020, adressée à l'association, site de B_____, l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que l'association était au bénéfice de subventions communales représentant 68 % des revenus globaux du site et qu'elle était soumise à la décision de la commune de Chêne-Bourg en matière de subventionnement. Elle n'assumait de la sorte pas de risque entrepreneurial ou de risque de faillite si bien que les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou même les pertes résultant de l'activité de l'entreprise étaient couvertes en majorité par des moyens publics.

Par décision du même jour, adressée à l'association, site de C_____, l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que l'association était au bénéfice de subventions communales représentant 65 % des revenus globaux du site et qu'elle était soumise à la décision de la commune de Chêne-Bourg en matière de subventionnement. Pour le reste, l'OCE a repris la motivation contenue dans la décision adressée à l'association, site de B_____.

d. Par oppositions du 19 mai 2020, l'association a contesté les décisions du 22 avril 2020, expliquant notamment qu'en tant qu'association à but non lucratif, elle ne pouvait réaliser une activité commerciale et qu'elle se limitait à percevoir le prix des pensions suite à la conclusion de contrats d'accueil avec les responsables légaux des enfants accueillis. Les rapports de travail qui liaient l'association à ses collaborateurs ressortaient exclusivement du droit privé. L'association pouvait solliciter des subventions de la part de la commune, après déduction de la participation des parents, du canton et des autres recettes. En d'autres termes, le subventionnement des communes intervenait après les autres ressources potentiellement réalisables par l'association. De plus, il n'y avait aucun droit à la perception d'une subvention. La réduction du temps de travail conduisait l'association à devoir assumer le paiement des salaires alors que simultanément, les responsables légaux des enfants n'étaient pas tenus de verser une pension pour une prestation qui était interrompue. La perte qui découlait de cette situation constituait ainsi en une charge non liée à l'exploitation de l'entreprise elle-même, qui ne dépendait pas de leur volonté d'employeur. Enfin et dans tous les cas, s'agissant du principe de l'égalité de traitement, l'association relevait que d'autres structures d'accueil préscolaire avaient obtenu une indemnisation.

En annexe à ses oppositions, l'association a produit ses statuts, une convention de partenariat conclue le 23 mars 2015 entre la commune de Chêne-Bourg, l'association et la commune de Chêne-Bougeries, un avenant entre l'association et la commune de Chêne-Bourg du 27 avril 2016, ainsi qu'un tableau récapitulatif des pensions mensuelles selon le budget 2020 et des pensions non encaissées de mars à avril 2020 (présentant un déficit de CHF 80'807.- correspondant aux pensions non encaissées de mars à avril 2020 sur un budget annuel de pensions de CHF 565'649.- pour le site de C_____ et un déficit de CHF 64'072.- correspondant aux pensions non encaissées de mars à avril 2020 sur un budget annuel de pensions de CHF 448'506.- pour le site de B_____).

e. Par décision sur opposition du 9 juin 2020, adressée à l'association, site de B_____, l'OCE a confirmé la décision du 22 avril 2020. Il était établi que l'employeur bénéficiait de subventions de la part de la commune de Chêne-Bourg représentant 68 % de ses revenus globaux. L'employeur n'avait par ailleurs pas démontré qu'il ne disposait pas d'une couverture de ses coûts d'exploitation, ni qu'il avait la possibilité de les faire baisser en procédant à des licenciements immédiats, de sorte qu'il n'existait pas en l'espèce de risque immédiat et concret de disparition d'emplois.

Par décision sur opposition du même jour, adressée à l'association, site de C_____, l'OCE a confirmé la décision du 22 avril 2020. Il était établi que l'employeur bénéficiait de subventions de la part de la commune de Chêne-Bourg représentant 65 % de ses revenus globaux. Pour le reste, l'OCE a repris la motivation contenue dans la décision sur opposition adressée à l'association, site de B_____.

C. a. Par actes du 9 juillet 2020, l'association a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) de deux recours à l'encontre des décisions précitées, concluant principalement à leur annulation et à l'octroi des indemnités en cas de RHT sollicitées le 15 avril 2020 pour les deux sites de l'association. À titre préalable, elle a conclu à la jonction des deux causes. Sur le fond, elle a repris en substance la motivation contenue dans ses oppositions.

Ces recours ont été enregistrés sous les numéros de cause A/2060/2020 (site de B_____) et A/2061/2020 (site de C_____).

b. Par réponses du 6 août 2020, l'intimé a relevé que les structures d'accueil de la petite enfance n'avaient pas eu l'obligation de fermer à Genève mais qu'elles devaient proposer un accueil minimum. La perte d'exploitation était donc liée à l'exonération faite aux parents de payer les contributions pour la garde de leurs enfants. Dans ce contexte, le Conseil fédéral avait adopté une ordonnance, dans laquelle il avait prévu que les cantons devaient octroyer, sur demande, des indemnités pour compenser les contributions de garde non versées par les parents entre le 17 mars et le 17 juin 2020, ladite indemnisation couvrant 100 % des contributions non perçues. Il ressortait en outre de la législation en matière d'accueil préscolaire que lorsque les communes assuraient le financement des structures de coordination de l'accueil familial de jour, elles prenaient en charge leur éventuel déficit d'exploitation. S'y ajoutait le fait que la recourante exerçait une tâche d'utilité publique, de sorte qu'elle ne risquait pas de devoir fermer ses portes en cas de manque de travail ou de pertes financières, étant pour le surplus précisé qu'elle n'avait pas apporté la preuve d'un risque concret de disparition d'emplois. Les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT n'étaient par conséquent pas remplies.

c. Par répliques du 25 août 2020, l'association a persisté dans ses conclusions. La fermeture de la structure était incontestable et touchait la substance même, pour une

institution privée, de son compte d'exploitation. L'association ne pouvait maintenir un plein emploi au sein de son institution sans mettre en danger la pérennité de son existence.

d. Par dupliques du 18 septembre 2020, l'OCE a persisté dans ses conclusions.

La chambre de céans a transmis ces écritures à l'association.

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. Interjetés dans les forme et délai prescrits, les recours sont recevables (art. 56ss LPGA).

3. En vertu de l'art. 70 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (al. 1). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (al. 2).

   En l'espèce, au vu de l'identité des parties et de la connexité matérielle des causes, il se justifie de joindre les causes A/2060/2020 et A/2061/2020, sous le numéro de cause A/2060/2020.

4. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'intimé s'est opposé au versement de l'indemnité en cas de RHT sollicitée par la recourante dès le 16 mars 2020 pour ses deux structures d'accueil (sites de B_____ et de C_____).

5. a. Afin de surmonter les difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une réduction de l'horaire de travail, 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).

   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 RHT 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).

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

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 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.

c. La LACI ne définit pas ce que recouvre la notion fondamentale de « facteurs d'ordre économique » mentionnée à l'art. 32 al. 1 LACI. 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 permet d'accorder l'indemnité en cas de RHT pour des motifs autres qu'économiques, dans certains cas appelés « cas de rigueur ». Cet alinéa s'écarte en conséquence de la logique du système d'indemnisation en cas de RHT, qui veut que seules les pertes de travail causées par des motifs économiques puissent être prises en considération (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces « cas de rigueur » consistent en des situations qui compliquent ou empêchent l'activité économique et impliquent des risques d'exploitation suffisamment inhabituels pour qu'ils ne puissent être assumés par les seuls employeurs (ATF 138 V 333 consid. 3.2 ; voir également, parmi d'autres, RUBIN, op. cit., n. 15 ad art. 32). En d'autres termes, dans les cas de rigueur prévus par les art. 32 al. 3 phr. 1 LACI et 51 OACI, l'employeur est empêché d'exercer une activité économique et, par conséquent, en raison d'une telle entrave, soumis à des risques d'exploitation inhabituels qu'il ne peut assumer seul (voir par exemple le jugement du Tribunal administratif du canton de Berne 200.2020.6011.AC du 16 novembre 2020, consid. 4.3 a contrario).

La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des art. 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, même lorsque les critères des art. 31 et 32 LACI (voire de l'art. 51 OACI) sont réalisés, 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. 1 et 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a). C'est le lieu de préciser, dans ce contexte, que le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) considère que l'apparition inattendue d'un nouveau type de Coronavirus et ses conséquences ne font pas partie du risque normal d'exploitation (Jean-Philippe DUNAND / Rémy WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in Newsletter DroitduTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel, p. 14 ; Directive 2020/08 du SECO du 1er juin 2020, actualisant les règles spéciales dues à la pandémie, dans sa version en vigueur du 1er mars au 31 août 2020, p. 1 et 5, ici pertinente ; cf. aussi Kurt PÄRTLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, in SZS 2020, p. 125).

d. La qualité de travailleur selon l'art. 31 LACI dépend uniquement du statut juridique de cotisant à l'AVS, et non pas du statut de l'employeur (communauté et établissement public d'une part, personne physique ou morale au sens du droit civil d'autre part ; ATF 121 V 362 consid. 2). Le personnel des services publics n'est donc pas d'emblée exclu du droit à l'indemnité en cas de RHT. Pour cette catégorie d'employés, l'accès est toutefois limité pour des motifs ayant trait au statut du personnel concerné et au risque restreint de fermeture auquel les entités administratives sont généralement exposées (ATF 121 362 consid. 3a et RUBIN, op. cit., n° 20 ad art. 31).

L'indemnité en cas de RHT est une mesure préventive au sens large : son allocation a pour but d'éviter le chômage complet des travailleurs - soit leur congé ou leur licenciement -, d'une part, de maintenir simultanément les emplois dans l'intérêt des employeurs aussi bien que des travailleurs, d'autre part. Or, en règle générale, les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT ne sauraient être remplies si l'employeur est une entreprise de droit public, faute pour celui-ci d'assumer un risque propre d'exploitation. Au contraire, les tâches qui lui incombent de par la loi doivent être exécutées indépendamment de la situation économique, et les impasses financières, les excédents de dépenses ou les déficits peuvent être couverts au moyen des deniers publics (recettes des impôts). Bien plus, il n'existe en général aucune menace de perdre son emploi là où les travailleurs ont la possibilité d'être déplacés dans d'autres secteurs. En revanche, compte tenu des formes multiples de l'action étatique, on ne saurait de prime abord exclure, dans un cas concret, que le personnel des services publics remplisse les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT. Ce qui est déterminant en fin de compte, conformément à la finalité du régime de la prestation, c'est de savoir si, par l'allocation de l'indemnité, un licenciement - respectivement une non-réélection - peut être évité (ATF 121 V 362 consid. 3a et les références). C'est à brève échéance que le versement de l'indemnité en cas de RHT doit pouvoir éviter un licenciement. En effet, ces indemnités ont un caractère préventif. Il s'agit de mesures temporaires (art. 31 al. 1 let. d LACI ; ATF 121 V 362 consid. 3b). Le statut du personnel touché par la réduction de l'horaire de travail est dès lors décisif pour l'allocation de l'indemnité. Ainsi, là où ce personnel est au bénéfice d'un statut de fonctionnaire ou d'un statut analogue limitant les possibilités de licenciement que connaît le contrat de travail, ce statut fait échec à court terme - éventuellement à moyen terme - à la suppression d'emplois. Dans ce cas, les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne sont pas remplies (ATF 121 V 362 consid. 3b et les références ; voir également arrêt du Tribunal fédéral des assurances rendu le 26 mai 1994 dans la cause Commune de H, paru in DTA 1993/1994 n° 18 p. 140 ss).

Le droit à l'indemnité en cas de RHT suppose que la perte de travail soit due à un motif économique susceptible de mettre l'existence de l'entreprise en danger (art. 32 al. 1 let. a LACI ; RUBIN, op. cit., n° 22 ad art. 31 ; voir SVR 1995 ALV n° 28 consid. 4a en matière de cas de rigueur). À l'évidence, cette condition ne saurait être remplie si l'entreprise ne court aucun risque propre d'exploitation, à savoir un risque économique où l'existence même de l'entreprise est en jeu, par exemple le risque de faillite ou le risque de fermeture de l'exploitation. Or, si l'entreprise privée risque l'exécution forcée, il n'en va pas de même du service public, dont l'existence n'est pas menacée par un exercice déficitaire (ATF 121 V 362 consid. 3b et les références). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'on ne pouvait juger de la nécessité d'une RHT sans tenir compte du statut juridique de l'employeur, des mandats qui lui sont confiés par les pouvoirs publics et de sa situation financière. En règle générale, le droit à l'indemnité n'existe pas

lorsque l'employeur n'endosse pas à proprement parler de risque d'exploitation, c'est-à-dire lorsqu'il doit remplir son mandat légal, indépendamment de la situation conjoncturelle et d'un éventuel déficit, celui-ci étant pris en charge par les pouvoirs publics (arrêt du Tribunal fédéral des assurances rendu le 9 janvier 1997 dans la cause Eidg. Flugzeufwerk E, paru in DTA 1996/1997 n° 22 p. 123 ss).

Concrètement, lorsque la loi impose que l'administration concernée accomplisse une tâche déterminée, l'existence du service devant accomplir la tâche ne peut généralement pas être remise en cause à brève échéance compte tenu de la durée des procédures législatives. S'y ajoute le fait qu'un service administratif ne risque en principe pas de devoir fermer ses portes en cas de manque de travail ou de pertes financières. Son financement, au travers de l'impôt, garantit d'éventuels découverts. Un service administratif ne court par conséquent en principe pas un risque propre d'exploitation. Toutefois, il n'est pas exclu que certaines unités administratives soient soumises à restructuration en cas de problèmes économiques et puissent ainsi être exposées aux mêmes risques que les entreprises privées (RUBIN, op. cit., n. 22 ad art. 31).

e. L'indemnité pour cause de RHT s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). Elle doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), moyennant un délai d'attente de trois jours au maximum (art. 32 al. 2 LACI et 50 al. 2 OACI, étant toutefois précisé que l'art. 50 al. 2 OACI a été supprimé temporairement en raison de la pandémie de Coronavirus).

6. 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.

a. 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 ; RS 818.101.24). Par cette nouvelle ordonnance, - modifiée à plusieurs reprises depuis son adoption - le Conseil fédéral a notamment interdit les activités présentielles dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation (art. 5).

En application de l'art. 5 précité, notamment, le Conseil d'État genevois a, par arrêté du 13 mars 2020, ordonné la fermeture de toutes les structures d'accueil préscolaire, de tous les établissements scolaires publics et privés ainsi que de toutes les hautes écoles sises sur le territoire de Genève, et ce du 16 mars 2020 à 06h00 jusqu'au 8 avril 2020 inclus (art. 1). Un service d'accueil minimum devait toutefois

être organisé par les structures d'accueil préscolaire (art. 2). La fermeture de ces établissements a, par la suite, été prolongée jusqu'au 26 avril 2020 (arrêté du Conseil d'État genevois du 9 avril 2020 prolongeant l'arrêté du 13 mars 2020 relatif à la fermeture des structures d'accueil préscolaire, des établissements scolaires publics et privés ainsi que des hautes écoles sur le territoire de la République et canton de Genève).

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a nuancé la fermeture des crèches, considérant que celles-ci ne pouvaient être fermées que si les autorités compétentes prévoyaient des offres d'accueil de remplacement adéquates (art. 5 al. 4 entré en vigueur le 17 mars 2020).

À compter du 27 avril 2020, le Conseil fédéral a progressivement assoupli les mesures restrictives qu'il avait imposées en mars. Dès cette date, les structures d'accueil préscolaire, notamment, ont pu rouvrir (voir art. 2 de l'arrêté du 23 avril 2020 du Conseil d'État de Genève modifiant les arrêtés des 13 mars et 9 avril 2020 relatifs à la fermeture des structures d'accueil préscolaire, des établissements scolaires publics et privés ainsi que des hautes écoles sur le territoire de la République et canton de Genève).

b. Afin de soutenir financièrement les institutions d'accueil pour la perte de revenus résultant de la crise liée au Coronavirus, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mai 2020, l'ordonnance sur l'atténuation des conséquences économiques des mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ci-après : ordonnance COVID-19 Accueil extra-familial pour enfants ; RS 862.1). Selon l'art. 3 de cette ordonnance, les mesures de soutien prévues consistaient en des indemnités pour pertes financières en faveur des institutions d'accueil extra-familial pour enfants (al. 1). Les institutions qui étaient exploitées par les pouvoirs publics ne recevaient pas d'indemnités (al. 2). Les cantons octroyaient, sur demande, des indemnités pour pertes financières sous forme d'aides financières aux institutions d'accueil extra-familial pour enfants pour compenser les contributions de garde d'enfants non versées par les parents durant la période s'étendant du 17 mars 2020 au 17 juin 2020 (art. 4 al. 1). Étaient considérées comme contributions des parents non perçues pour la garde d'enfants, les contributions que les parents devaient payer aux institutions après déductions des subventions ordinaires du canton et des communes, même s'ils n'avaient pas eu recours aux prestations de garde d'enfants en raison des mesures de lutte contre le Coronavirus (art. 4 al. 2). Les institutions qui demandaient une indemnisation pour pertes financières devaient rembourser aux parents les contributions perçues pour les prestations de garde d'enfants auxquelles ils n'avaient pas eu recours durant la période s'étendant du 17 mars 2020 au 17 juin 2020 (al. 3). L'indemnisation couvrait 100 % des contributions des parents non perçues pour la garde des enfants.

Cette ordonnance est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020 et a eu effet pendant six mois à compter de la date de l'entrée en vigueur (art. 7). Elle a été abrogée le 17 septembre 2020.

Selon les directives de l'OFAS concernant l'ordonnance sur l'atténuation des conséquences économiques des mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) sur l'accueil extra-familial institutionnel pour enfant du 17 juin 2020, les institutions gérées par un organisme privé qui, par exemple, avait conclu une convention de prestations avec une ou plusieurs communes ou dont les places étaient subventionnées par les pouvoirs publics pouvaient recevoir des indemnités pour pertes financières (p. 2).

c. Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures en matière d'assurance-chômage.

Le 20 mars 2020, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19 ; ordonnance COVID-19 assurance-chômage – RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020. En substance, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités RHT a notamment été élargi au conjoint ou au partenaire enregistré de l'employeur (art. 1) ainsi qu'aux personnes fixant les décisions prises par l'employeur (art. 2). Plus aucun délai d'attente ne devait être déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3) et l'employeur pouvait demander le versement de l'indemnité en cas de RHT sans devoir l'avancer (art. 6), ces mesures devant permettre aux entreprises concernées de disposer de liquidités supplémentaires pendant la durée de la situation extraordinaire (rapport explicatif du SECO relatif à ladite ordonnance, p. 7).

L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a ensuite été modifiée à plusieurs reprises, en particulier le 9 avril 2020, avec effet rétroactif au 1er mars 2020 (art. 9).

7. Dans les décisions entreprises, l'intimé s'est opposé au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que la recourante bénéficiait de subventions de la commune de Chêne-Bourg et qu'elle n'avait pas démontré qu'elle ne disposait pas d'une couverture de ses coûts d'exploitation, ni qu'elle avait la possibilité de les faire baisser en procédant à des licenciements immédiats. Il n'existait dès lors pas de risque immédiat et concret de disparition d'emplois, conformément à la directive n° 8 du SECO du 1er juin 2020, remplaçant la directive n° 6 du 9 avril 2020. La recourante conteste la position de l'intimé, faisant valoir que son déficit d'exploitation était dû aux pensions non versées par les parents durant les mois de mars et avril 2020. Or, ces pertes n'étaient pas couvertes par la subvention communale et la recourante n'avait aucun moyen de les couvrir par d'autres ressources. L'association était donc bien exposée à un risque de disparition ou de fermeture.

a. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a été contrainte de fermer ses deux structures d'accueil en raison des mesures prises par les autorités tant fédérales que cantonales. L'association a, par conséquent, éprouvé une perte de travail due à des mesures prises par les autorités au sens des art. 32 al. 3 LACI et

51 OACI, de sorte que les conditions pour la reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être considérées comme réalisées. Il n'est pas non plus contesté que la pandémie du Coronavirus constitue une circonstance exceptionnelle qui dépasse le cadre du risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur, de sorte qu'il n'y a pas non plus de motif d'exclusion au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, seul pertinent en l'espèce.

b. Il reste toutefois à déterminer si la recourante est éligible à recevoir l'indemnité en cas de RHT compte tenu du statut de son personnel et du risque restreint de fermeture auquel les institutions, subventionnées par des entités administratives, sont généralement exposées (cf. RUBIN, op cit., n. 20 ad art. 31 LACI ; ATAS/1121/2020 consid. 9).

S'agissant d'abord du statut de son personnel, la recourante allègue que les rapports de travail qui lient l'association à ses collaborateurs ressortent exclusivement du droit privé.

En l'occurrence, il n'apparaît pas que la recourante, une association de droit privé, soit liée par une convention collective de travail. Les conditions de licenciement de son personnel sont partant régies par l'art. 335*c* al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), selon lequel le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement. Il s'ensuit que du point de vue des relations contractuelles de travail, les possibilités de licenciement ne sont pas limitées et rien ne s'oppose à un licenciement à court terme. Cela ne signifie toutefois pas encore que les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT sont remplies. En effet, encore faut-il que l'entreprise court un risque propre d'exploitation, à savoir un risque économique où l'existence même de l'entreprise est en jeu. Cette question implique d'examiner le droit cantonal applicable.

c. Selon l'art. 202 de la Constitution de la République et canton de Genève (RS GE ; A 2 00), les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil de jour (al. 1). Le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (al. 2). Ce cadre général a été précisé dans une loi d'application, la loi cantonale sur l'accueil préscolaire du 12 septembre 2019 (LAPr ; J 6 28), entrée en vigueur le 1er janvier 2020. Selon l'art. 8 LAPr, les communes, ou groupements de communes, financent la construction et l'entretien des structures d'accueil préscolaire qu'elles exploitent ou subventionnent (al. 1). Elles en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents, du canton et des autres recettes (al. 2). Quant au canton, il participe au financement de l'exploitation des structures d'accueil préscolaire à prestations élargies et des structures de coordination de

l'accueil familial de jour subventionnées ou exploitées par les communes (art. 9 al. 1).

Interprétant ces dispositions, la chambre de céans a jugé dans un arrêt de principe que les communes devaient couvrir le déficit des structures d'accueil qu'elles subventionnaient (cf. ATAS/676/2021 du 17 juin 2021 consid. 17c). Ces dispositions prévoient en effet que le canton et les communes mettent à disposition les fonds nécessaires au bon fonctionnement des structures d'accueil, ce qui implique une couverture du déficit éventuel (cf. aussi ATAS/675/2021 du 17 juin 2021 consid. 18).

En l'occurrence, il n'est pas contesté que la recourante, une association de droit privé, est subventionnée par la commune de Chêne-Bourg pour l'exploitation de ses places de crèche. Cela résulte notamment de l'art. II de la convention de partenariat du 23 mars 2015 conclue entre la commune de Chêne-Bourg, l'association et la commune de Chêne-Bougeries. D'après les dires de la recourante, la subvention est accordée par la commune de Chêne-Bourg à raison de 68 % de ses revenus globaux pour le site de B_____ et de 65 % pour le site de C_____. Conformément aux dispositions précitées, dans la mesure où la commune subventionne l'association recourante, il lui appartient d'en financer l'exploitation et d'en couvrir les éventuels déficits (cf. ATAS/676/2012 et ATAS/675/2012 du 17 juin 2021). Il suit de là que les déficits peuvent être couverts au moyen des deniers publics. Cela est d'autant plus vrai en l'occurrence que des aides financières ont pu être octroyées, sur demande, par les cantons aux institutions d'accueil extra-familial pour enfants afin de compenser les contributions de garde d'enfants non versées par les parents durant la période s'étendant du 17 mars 2020 au 17 juin 2020 (art. 4 al. 1 de l'ordonnance COVID-19 Accueil extra-familial pour enfants ; cf. *supra* consid. 6b). Partant, contrairement à ce qu'elle soutient, la recourante n'encourait aucun risque propre d'exploitation. Les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT n'étaient dès lors pas remplies.

8. La recourante invoque enfin une violation du principe de l'égalité de traitement, certaines structures d'accueil ayant bénéficié d'indemnités en cas de RHT alors même qu'elles étaient subventionnées.

a. Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 p. 114 et les arrêts cités). Toutefois selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 134 V 34 consid. 9 p. 44 et les références). Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en cause. Autrement dit, le justiciable ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que

s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Encore faut-il que les situations à considérer soient identiques ou du moins comparables (ATF 126 V 390 consid. 6a ; ATF 116 V 231 consid. 4b ; ATF 115 Ia 81 consid. 2 et les références citées).

b. Dans le cas d'espèce, il ressort des considérations qui précèdent que les structures d'accueil préscolaire ne peuvent bénéficier des indemnités en cas de RHT dès lors qu'elles sont subventionnées par les pouvoirs publics et que, partant, elles n'encourent pas de risque d'exploitation. La recourante prétend que certaines structures ont toutefois bénéficié des indemnités précitées.

Pour pouvoir invoquer une inégalité de traitement dans l'illégalité, il faut encore que la recourante rende vraisemblable que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi et que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables. Or, il ressort des décisions sur opposition rendues par l'intimé le 9 juin 2020 que plusieurs décisions accordant à tort des indemnités RHT à des structures d'accueil subventionnées ont été révoquées. Par conséquent, le dossier soumis à la chambre de céans ne permet pas de considérer que l'intimé persévérera dans l'inobservation de la loi.

Le grief tiré du principe de l'égalité de traitement doit donc également être rejeté.

9. Les considérants qui précèdent conduisent ainsi au rejet des recours et à la confirmation des décisions entreprises.

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

Préalablement :

1. Ordonne la jonction des causes A/2060/2020 et A/2061/2020 sous le numéro de procédure A/2060/2020.

À la forme :

2. Déclare les recours recevables.

Au fond :

3. Les rejette.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Marie NIERMARÉCHAL	Eleanor McGREGOR

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