RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/215/2021 **ATAS/962/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 septembre 2021

9ème Chambre

En la cause

GARDERIE & JARDIN D'ENFANTS « A_____ », sise _____, à B_____	recourante

contre

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

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

EN FAIT

A. a. L'association du jardin d'enfants/garderie « A_____ », B_____ (ci-après : l'association), avec siège à B_____ (art. 3 des Statuts), a pour but de recevoir pendant la journée, moyennant rétribution, les enfants d'âge préscolaire, sans distinction de nationalité ni de religion, dans des locaux spécialement aménagés à cette effet par la commune (art. 2 des Statuts).

Les ressources de l'association sont constituées par les rétributions versées par les parents, les cotisations annuelles des membres, les subventions communales ou privées, les dons et legs, tant en espèces qu'en nature, le produit éventuel des collectes, ventes et recettes diverses et les cotisations des membres de soutien (art. 15 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 sa structure d'accueil dès le 16 mars 2020.

B. a. Le 26 mars 2020, l'association, soit pour elle sa présidente Madame C_____, 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 toute l'entreprise, annonçant une perte de travail de 100 % pour quatre employés du 16 mars au 30 juin 2020.

b. Par décision du 31 mars 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT. Pour autant que toutes les autres conditions du droit étaient remplies, la caisse pouvait octroyer l'indemnité pour la période du 26 mars au 25 septembre 2020.

c. Par opposition du 17 mai 2020, l'association a contesté la décision en tant que l'indemnité n'était accordée que dès le 26 mars 2020.

d. Par courriel du 29 mai 2020, répondant aux questions de l'OCE, l'association a précisé qu'elle bénéficiait d'une subvention de la commune de B_____, qui représentait environ la moitié des recettes. À la question de savoir si l'association assumait un risque entrepreneurial ou de faillite, l'association a répondu par la négative. Elle a produit une copie d'un contrat de travail de l'un de ses employés, les statuts de l'association, ainsi que son bilan et compte d'exploitation pour l'année 2019.

e. Par décision du 3 juin 2020, annulant et remplaçant la décision du 31 mars 2020, l'OCE a formé opposition au préavis du 26 mars 2020. Il était établi que l'association était au bénéfice d'une importante subvention communale, de sorte qu'elle n'assumait aucun 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. La décision du 31 mars 2020 était, partant, manifestement erronée.

Le recours formé par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) contre cette décision a été déclaré irrecevable et transmis à l'OCE comme objet de sa compétence (ATAS/771/2020 du 11 septembre 2020).

f. Par décision sur opposition du 9 décembre 2020, l'OCE a confirmé la décision du 3 juin 2020. L'employeur n'avait 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 de risque immédiat et concret de disparition d'emplois.

C. a. Par acte du 20 janvier 2021, l'association a interjeté recours contre cette décision devant la CJCAS, concluant à son annulation. Elle a relevé que les rapports de travail qui la liaient à son personnel relevaient exclusivement du droit privé et que le subventionnement de la commune était subsidiaire et aucunement garanti. La commune de B_____ n'était pas engagée à couvrir les pertes résultant de l'activité de l'association, de sorte qu'elle assumait bien un risque entrepreneurial. L'association a précisé qu'elle n'avait pas facturé l'écolage pour la période de fermeture de la garderie et du jardin d'enfants. Le 17 juillet 2020, l'association avait formé une demande d'indemnisation des pertes financières aux institutions d'accueil extra-familial. Cette requête avait toutefois été refusée, ce qui mettait l'association en grande difficulté financière.

b. Par réponse du 11 février 2021, l'OCE 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 réplique du 13 mars 2021, l'association a persisté dans ses conclusions. Le droit cantonal ne prévoyait aucune obligation des communes de couvrir un déficit. Cela était d'autant plus vrai s'agissant de la garderie qui n'était pas reconnue comme une structure d'accueil à prestations élargies. À l'appui de son écriture, l'association a produit un document intitulé « Estimation des revenus communaux à faire figurer au budget 2021 » de la Fondation pour le développement de l'accueil préscolaire

(ci-après : FDAP) d'où il ressort que les places proposées par la commune de B_____ concernent uniquement des structures d'accueil de jour pratiqué à titre dépendant, à l'exclusion des structures d'accueil de la petite enfance à prestations élargies.

d. Par duplique du 9 avril 2021, 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. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 LPA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu notamment de la suspension des délais pour la période du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 let. c LPGA et art. 89C let. c LPA), le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

3. 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.

4. 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 consid. 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).

5. 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).

6. Dans la décision entreprise, 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 B_____ 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 les pertes qu'elle a subies à la suite des mesures décidées par les autorités dans le cadre de la crise sanitaire n'étaient pas couvertes par la subvention. L'association était donc bien exposée à un risque entrepreneurial.

a. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a été contrainte de fermer sa structure 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 ; cf. aussi ATAS/741/2021 du 6 juillet 2021). 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 B_____ pour l'exploitation de ses places de garderie et de jardin d'enfants. Cela résulte notamment du compte d'exploitation de l'association 2018-2019, d'où il ressort que la recourante a perçu des subventions annuelles à hauteur de CHF 90'000.- en 2018 et en 2019, ce qui correspond à la moitié de ses produits d'exploitation pour les années concernées. 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). Contrairement à ce que soutient la recourante et ainsi que cela ressort de l'art. 3 let. a LAPr, les structures d'accueil préscolaire au sens de l'art. 8 LAPr comprennent aussi bien les structures d'accueil préscolaire à prestations élargies (structures ouvertes au moins 45 heures par semaine, avec repas de midi et une ouverture annuelle sur au moins 45 semaines) que les structures d'accueil préscolaire à prestations restreintes (ne remplissant pas les trois conditions cumulatives précitées), dont ferait partie la recourante. Dans les deux cas, il appartient aux communes qui les subventionnent d'en couvrir les éventuels déficits. Le fait que seules les structures d'accueil préscolaire à prestations élargies peuvent bénéficier, en plus de la subvention communale, d'une participation financière du canton (cf. art. 9 LAPr) n'a à cet égard aucune pertinence. L'élément déterminant réside dans le fait 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. 5b). 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.

7. Les considérants qui précèdent conduisent ainsi au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise.

   Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} *a contrario* LPGA, 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. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Marie NIERMARÉCHAL	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