RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2332/2020 **ATAS/1264/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 décembre 2021

5ème Chambre

En la cause

ASSOCIATION DE L'EMS A_____, sise à CAROUGE — 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**. L'association de l'EMS Résidence A_____ (ci-après : l'intéressée ou la recourante) exploite l'établissement médico-social Résidence A_____ (ci-après : l'EMS) et est liée par un contrat de prestations 2018-2021 avec l'État de Genève (ci-après : le contrat de prestations).

b. L'EMS est membre de la fédération genevoise des établissements médico-sociaux (ci-après : Fegems) et applique, à ce titre, la convention collective de travail (ci-après : CCT) du 21 décembre 2009.

c. En 2019, l'EMS a perçu une subvention étatique qui a représenté 20.38% des produits d'exploitation. En 2020, la subvention étatique a représenté 19.92% des produits d'exploitation.

B. **a.** En date du 9 avril 2020, l'intéressée a transmis trois préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé). Le premier préavis concernait le secteur d'exploitation technique et visait deux employés à 100%, avec comme date de début de la RHT le 25 mars 2020. Le deuxième préavis concernait le secteur d'exploitation hôtellerie et visait quatre employés, totalisant 380% de temps de travail, avec comme date de début de la RHT le 16 mars 2020. Le troisième préavis concernait le secteur d'exploitation soins, et visait huit employés, totalisant 670% de temps de travail avec comme date de début de la RHT le 16 mars 2020.

b. Interpellé par l'OCE, l'EMS a répondu, par courriel du 28 avril 2020, que l'EMS avait bénéficié d'une subvention de l'État de Genève, pour l'année 2019, à hauteur de 20,38% des revenus et pour l'année 2020 à hauteur de 19,92% des revenus, selon budget. Il était encore précisé que l'EMS n'assumait « pas de risque entrepreneurial ou de faillite », les emplois étaient « garantis au vu de la mission de l'établissement, pour le moment » et les collaborateurs n'avaient pas le statut de fonctionnaire.

c. Par décision du 28 avril 2020, l'OCE a fait partiellement opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT et n'a octroyé lesdites indemnités que pour la période allant du 14 avril au 13 octobre 2020.

d. Par courrier du 18 mai 2020, le secrétariat d'État à l'économie (ci- après : SECO) a fait opposition à la décision du 28 avril 2020 au motif que l'employeur devait être qualifié d'entreprise publique ou d'administration ou entreprise qui fournit des services publics ; dès lors il n'y avait pas de droit à l'indemnité en cas de RHT à moins que l'intéressée ne démontrât une perte imminente d'emploi, preuve qui n'avait pas été rapportée par cette dernière.

e. Par courriel du 8 juin 2020, l'intéressée s'est adressée à l'OCE pour exprimer son étonnement devant l'opposition du SECO. Il n'était pas contesté qu'il n'y avait pas de perte imminente d'emploi au sein de l'EMS mais il fallait tenir compte du fait que les collaborateurs qui étaient concernés par la mesure étaient en majorité

des personnes à risque ou vulnérables, pour lesquelles le télétravail n'était pas possible. La vulnérabilité desdits employés les empêchant de travailler, l'intéressée avait dû les remplacer, ce qui avait occasionné des dépenses supplémentaires. Il était précisé que, s'agissant d'un établissement privé subventionné, les pertes n'étaient pas couvertes par des fonds publics comme cela ressortait du contrat de prestation passée avec l'État de Genève. Compte tenu de ces particularités, l'intéressée demandait à l'OCE de réétudier le dossier.

f. Par décision sur opposition du 2 juillet 2020, l'OCE a considéré qu'il n'y avait pas de risque de disparition d'emploi, ce qui était d'ailleurs reconnu par l'intéressée, et que c'était à tort que des indemnités en cas de RHT avaient été accordées dans le cadre de la première décision. Par conséquent, l'opposition du 18 mai 2020 du SECO était admise et la décision du 28 avril 2020 était annulée en ce sens qu'il était fait opposition totale aux trois préavis de RHT déposés par l'intéressée.

C. **a.** Par écriture du 4 août 2020, l'intéressée a interjeté recours contre la décision sur opposition du 2 juillet 2020, auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans). Elle a fait valoir que l'approche de l'OCE était erronée en ce sens que le droit aux indemnités RHT dépendait uniquement et exclusivement du statut des employés cotisants aux assurances sociales et non du statut public ou privé de l'employeur. Le fait qu'une partie des coûts d'exploitation soit subventionnée par des fonds publics n'y changeait rien et il était discriminatoire de nier le droit desdits employés aux indemnités en cas de RHT, alors que ce droit aux indemnités était admis à l'égard du personnel d'autres employeurs privés. L'OCE se fondait sur une directive administrative qui n'avait pas la qualité de base légale pour refuser les prestations dues en vertu d'une loi ou d'une ordonnance et enfin, la décision querellée reposait sur de fausses hypothèses selon lesquelles toutes les pertes financières liées à la pandémie COVID-19 subies par l'intéressée seraient de toute manière compensées par des subventions publiques alors que, compte tenu des mécanismes actuels de financement et de compensation, ce n'était pas le cas, car les pertes financières devaient être supportées uniquement par l'intéressée, au moins en partie. La recourante concluait à ce que sa demande d'indemnités RHT soit reconnue.

b. Par réponse du 3 septembre 2020, l'OCE a considéré que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée et a persisté intégralement dans les termes de celle-ci. L'OCE a rappelé que, dans sa réponse du 28 avril 2020, la recourante avait confirmé qu'elle n'assumait aucun risque entrepreneurial ou de faillite et que les emplois concernés par sa demande de RHT du 9 avril 2020 étaient garantis au vu de la mission de l'institution ; de surcroît, la recourante avait déclaré qu'elle avait dû engager d'autres collaborateurs pour remplacer ceux qui n'avaient pas pu travailler. Par conséquent, les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT n'étaient pas remplies.

c. Par réplique du 2 novembre 2020, la recourante a maintenu les termes et les conclusions de son recours.

d. L'intimé n'a pas dupliqué et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période allant du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b 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 des indemnités en cas de RHT sollicitées par la recourante, dès le 16 mars 2020.

4.

4.1 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).

4.2 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 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 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) 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.

4.3 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 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).

4.4 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).

4.5 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 COVID-19).

5. Pour lutter contre l'épidémie de COVID-19 qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes.

5.1 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, le Conseil fédéral a stipulé à l'art. 10c les obligations de l'employeur pour la protection de la santé des employés vulnérables, notamment le télétravail, les tâches de substitution au cas où l'employé ne pourrait pas exercer son travail habituel par le biais du télétravail ou l'aménagement d'une place de travail respectant les distances sanitaires.

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), puis jusqu'au 10 mai 2020 (arrêté du Conseil d'État genevois du 23 avril 2020 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).

Le 29 avril 2020, le Conseil fédéral a autorisé l'enseignement présentiel à l'école obligatoire si un plan de protection est mis en œuvre (art. 5 al. 1 de l'ordonnance 2 COVID-19, entré en vigueur le 11 mai 2020 ; RO 2020 1401).

5.2 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 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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).

6. Le principe de la légalité est consacré à l'art. 5 al. 1 Cst., selon lequel le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Il en résulte en particulier que toute restriction à un droit fondamental doit - sous réserve des cas de danger sérieux, direct et imminent - être fondée sur une base légale ; s'il s'agit d'une restriction grave, elle doit être prévue par une loi (art. 36 al. 1 Cst. ; ATF 132 I 229 consid. 10.1).

Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ; ATF 121 II 473 consid. 2b et les références).

À teneur de la directive 2020/06 du SECO du 9 avril 2020, le but de l'indemnité en cas de RHT est de préserver les emplois dans des entreprises dans lesquelles ils risquent de disparaître en raison d'une évolution économique défavorable. Une condition essentielle du droit à l'indemnité est le risque de disparition d'emplois. De nombreuses entreprises de droit public n'assument pas de risque entrepreneurial ou de risque de faillite parce qu'elles doivent mener à bien les tâches qui leur ont été confiées par la loi indépendamment de la situation économique. Les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou même les pertes résultant de l'activité de l'entreprise sont couverts par des moyens publics, qu'il s'agisse de subventions ou d'autres moyens financiers. Il n'existe pas dans ces cas de risque de disparition d'emplois. Si les éventuelles évolutions économiques négatives ne conduisent pas à la disparition d'emplois, et cela en raison de la structure organisationnelle des institutions de droit public (règles en matière de subventions, garantie d'État dans les mandats de prestations, etc.), l'indemnité ne servirait pas à remplir le but qui lui est assigné. Ces réflexions s'appliquent aussi bien aux entreprises de droit public elles-mêmes (en ce qui concerne les employés de la Confédération, des cantons et des communes) qu'aux secteurs privatisés qui fournissent des prestations sur mandat d'une institution publique sur la base d'un accord. L'élément déterminant est, s'il figure dans l'accord, dans quelle mesure l'institution publique garantit les coûts (par exemple, par des subventions) et si, par conséquent, le risque de disparition d'emplois est inexistant même lorsqu'il n'est pas possible de couvrir les coûts d'exploitation de l'entreprise. Cela peut concerner des grandes comme des petites entreprises (par exemple, si la piscine d'une commune est tenue par des privés ou une association mais que la commune ne fournit pas de garantie en cas de déficit). Le seul élément déterminant est de savoir si, en raison de la situation juridique, il existe un risque immédiat de disparition d'emplois. Les entreprises de droit public comme les associations ou les employeurs privés qui exploitent une entreprise ou fournissent des prestations sur mandat d'une institution publique doivent montrer qu'ils sont confrontés à un risque immédiat de disparition d'emplois malgré les accords existant avec l'institution publique qui les mandate. S'ils ne parviennent pas à le faire de manière crédible, il convient de s'opposer au versement de l'indemnité en cas de RHT (directive précitée, p. 5 et 6).

7. En l'espèce, la recourante allègue en premier lieu que la directive du SECO 2020/6 invoquée par l'intimé serait contraire aux dispositions légales et règlementaires.

Les dispositions légales en matière de RHT ne prévoient pas de réglementation particulière concernant les entreprises de droit public ou les collectivités privées chargées de réaliser des tâches d'intérêt public.

Cela étant, le Tribunal fédéral des assurances a abordé cette problématique dans les arrêts qu'il a rendus le 26 mai 1994 dans la cause Commune de H (publié in DTA 1993/1994 n° 18 p. 140 ss), le 9 janvier 1997 dans la cause Eidg Flugzeugwerk E (publié in DTA 1996/1997 n° 22 p. 123 ss), ainsi qu'à l'ATF 121 V 362, arrêts dans

lesquels les art. 31 al. 1 let. b et 2 et 32 al. 1 let. a LACI ont été examinés et précisés. De plus, les principes énoncés par le Tribunal fédéral en ce qui concerne le cas particulier des employés des secteurs publics ont également été repris par la doctrine (voir notamment RUBIN, op. cit., n. 20ss ad art. 31 et n. 9 ad art. 32).

La directive 2020/06 du 9 avril 2020 ne fait en réalité que préciser les principes développés par le Tribunal fédéral et repris par la doctrine, de sorte qu'il n'existe aucun motif pour considérer que ladite directive serait contraire à la loi, ce qui a également été admis par la chambre de céans dans une décision du 17 juin 2021 (cf. ATAS/676/2021, consid. 10 et 11).

8. La recourante reproche ensuite à l'intimé d'avoir violé les art. 31ss LACI en lui refusant le droit aux indemnités en cas de RHT.

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 part de l'État de Genève et qu'elle fournissait des prestations sur mandat de ce dernier. Elle exerçait une tâche déterminée par la loi et son existence ne pouvait être remise en cause à brève échéance. Son financement au travers de subventions garantissait d'éventuels découverts et les emplois n'étaient pas menacés de manière imminente.

Les motivations de l'intimé doivent être examinées au regard des dispositions applicables aux EMS.

Les modalités d'organisation et l'octroi des subventions des EMS sont fixés par la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (ci-après : LGEPA - J 7 20).

L'art. 17 LGEPA prévoit que les rapports de travail entre les établissements et leur personnel sont régis par le droit privé (al. 1), que l'échelle des traitements de l'ensemble du personnel suit les mêmes principes que ceux appliqués aux membres du personnel de l'État et des établissements hospitaliers (al. 2) et qu'une convention collective de travail règle les autres questions relatives aux rapports de travail (al. 3).

La CCT qui s'applique au personnel de l'EMS prévoit à son chiffre 2.4.3 qu'après la période d'essai, si l'une ou l'autre des parties désire résilier le contrat de travail, elle le fait par lettre recommandée pour la fin d'un mois, moyennant les délais suivants : pendant la 1ère année 1 mois pour la fin d'un mois, la 2ème année 2 mois pour la fin d'un mois, dès la 3ème année 3 mois pour la fin d'un mois.

Il résulte de ce qui précède que les employés de l'EMS sont engagés sur la base de contrats de droit privé et soumis à une CCT ; ils ne bénéficient pas de mécanisme de protection en cas de suppression d'emplois. Dès lors, les employés de la recourante ne sauraient être assimilés à des fonctionnaires.

Néanmoins, pour obtenir des indemnités en cas de RHT, encore faut-il que l'association coure 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 mécanisme de financement et l'existence d'une éventuelle garantie de couvrir les pertes financières.

L'art. 19 let. a, b, c LGEPA précise que les revenus permettant le financement des EMS sont, notamment, le prix de pension facturé aux résidents, le forfait versé par les assureurs maladie et la subvention cantonale.

Selon l'art. 22 LGEPA, la subvention versée à l'exploitant d'un établissement est destinée à couvrir la part cantonale du financement des soins, au sens de la législation fédérale ; elle tient compte du financement des mécanismes salariaux au prorata de ce que représente la subvention de l'État sur le total des revenus de l'établissement (al. 1). Elle peut être forfaitaire et pluriannuelle (al. 2) et représente une indemnité financière régie par la loi sur les indemnités et les aides financières, du 15 décembre 2005 (LIAF – D 1 11) (al. 3).

L'octroi de subventions est soumis aux conditions suivantes (art. 23 LGEPA) : être au bénéfice d'une autorisation d'exploitation et répondre aux conditions et obligations prévues dans le cadre de celle-ci et ne pas avoir de but lucratif (al. 1). Les charges relatives aux activités qui se situent en dehors du cadre défini par l'autorisation d'exploitation ne peuvent pas être couvertes par les financements définis à l'art. 19 et doivent faire l'objet d'un financement et d'un suivi comptable distinct (al. 3).

En ce qui concerne d'éventuelles pertes financières, le contrat de prestations prévoit à son art. 13 al. 3 que les éventuelles pertes annuelles sont réparties selon une clé de répartition de 75% à la charge de l'EMS (al. 4). À l'échéance du contrat, l'EMS assume ses éventuelles pertes reportées (al. 6).

Il résulte de ce qui précède que le risque financier n'est pas entièrement couvert par les subventions allouées par l'État de Genève.

Compte tenu de ces éléments, les motivations de la décision querellée doivent être nuancées.

Il est exact qu'il n'existe pas de risque imminent de perte d'emploi mais on ne saurait assimiler le statut des employés de l'EMS à celui des fonctionnaires dès lors que le licenciement des employés peut intervenir dans un délai allant de 1 à 3 mois.

S'agissant des pertes financières éventuelles de l'établissement, il n'existe pas de garantie inconditionnelle de l'État de Genève de couvrir les éventuelles pertes financières de l'EMS, mais la subvention accordée annuellement est de nature à limiter, dans une large mesure, l'occurrence de telles pertes.

Toutefois, les pièces versées au dossier ne permettent pas de déterminer si les subventions étatiques accordées à hauteur, respectivement, de 20.38% des produits d'exploitation en 2019 et de 19.92% des produits d'exploitation en 2020 ont entièrement couvert les éventuelles pertes d'exploitation de l'établissement.

En dépit de cette imprécision, la décision querellée peut se justifier pour les motifs qui suivent.

L'association n'a pas éprouvé de perte de travail due à des mesures prises par les autorités, ce qu'elle reconnait, mais a été contrainte de remplacer certains employés considérés comme vulnérables. Cette vulnérabilité d'employés présentant des risques par rapport à la COVID-19 est confirmée par les certificats médicaux produits pour dix d'entre eux, sur les quatorze employés mentionnés dans les trois demandes de RHT.

Le remplacement des employés vulnérables par d'autres employés a induit des dépenses supplémentaires pour l'EMS. Toutefois, cette situation n'est pas différente de celle à laquelle sont régulièrement confrontés les employeurs lorsqu'un employé ne peut exercer son travail pour des raisons de maladie et que l'employeur fait appel, temporairement, à un autre employé afin que le travail puisse être accompli.

Cette situation de vulnérabilité de certains employés se rapporte aux pertes de gains pour les personnes vulnérables, telles que visées par l'art 10c de l'ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24) en vigueur le 17 avril 2020 (RO 2020 1249), ainsi que par l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (ordonnance sur les pertes de gain - RS 830.31).

On ne se trouve dès lors pas dans le cas visé par le principe cardinal sur lequel le mécanisme des RHT est fondé, à savoir prévenir un risque immédiat de disparition d'emplois, risque qui n'existe pas selon les déclarations mêmes de la recourante.

Par ailleurs, il ne s'agit pas non plus d'un cas de rigueur prévu par les art. 32 al. 3 phr. 1 LACI et 51 OACI, où l'employeur serait 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 pourrait assumer seul.

À l'aune de ces conclusions, la chambre de céans considère comme établi que les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT ne sont pas remplies par la recourante.

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

10. 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. 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	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