RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2771/2020 **ATAS/888/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 août 2021

9ème Chambre

En la cause

ASSOCIATION DU RESTAURANT SCOLAIRE A_____, sise _____, à GENÈVE	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

1. a. L'association du restaurant scolaire A_____ (ci-après : l'association) est une association sans but lucratif, avec siège à Genève, ayant pour but de fournir des repas aux enfants fréquentant l'école de B_____ (cf. art. 4 des Statuts de l'association du 11 novembre 2014 ; ci-après : les statuts), un établissement scolaire de degré primaire.

   b. Le comité fait appel à des aides bénévoles ou rémunérées afin de servir les repas aux enfants du restaurant scolaire (art. 21 des statuts).

   c. Les ressources de l'association résultent des cotisations et de toute rentrée d'argent provenant de l'activité du restaurant scolaire, ainsi que de tous fonds, dons, legs, allocations et subventions au sens large (art. 23 des statuts).

2. a. Par courriel du 27 mars 2020, l'association 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) annonçant une perte de travail pour toute l'entreprise, soit cinq employés, du 16 mars 2020 au 17 avril 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, l'indemnité pouvait être octroyée pour la période du 27 mars 2020 au 26 septembre 2020.

   c. Le 3 avril 2020, l'association a fait opposition à cette décision, faisant valoir que les écoles avaient dû fermer le 16 mars 2020, de sorte que leur activité avait cessé à cette date.

   d. Par décision du 22 avril 2020, l'OCE n'a pas formé opposition au préavis du 27 mars 2020. Pour autant que toutes les autres conditions du droit étaient remplies, l'indemnité pouvait être octroyée pour la période du 17 mars 2020 au 16 septembre 2020.

   e. Par courriel du 8 mai 2020, l'OCE a sollicité des renseignements complémentaires de la part de l'association, en particulier en lien avec l'existence de subventions étatiques. L'association était également invitée à produire ses comptes d'exploitation pour les années 2019 et 2020.

   Par courriel du même jour, l'association a sollicité un délai pour la production des pièces demandées. Elle a également observé que les directives du Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) n'étaient pas applicables à la situation extraordinaire liée à la crise sanitaire.

   Par courrier du 11 mai 2020, l'association a informé l'OCE qu'elle refusait de produire les documents sollicités, au motif que la RHT avait été demandée en raison de la situation exceptionnelle liée à la crise sanitaire et non en raison des difficultés économiques liées à l'exploitation normale de l'entreprise. Au

demeurant, les conditions pour une révision, voire une reconsidération, de la décision du 22 avril 2020 n'étaient pas réunies.

f. Par décision du 22 mai 2020, annulant et remplaçant celle du 22 avril 2020, l'OCE a formé opposition au préavis du 27 mars 2020, au motif que l'association n'avait pas transmis dans le délai les renseignements et documents demandés, étant précisé que son attention avait été attirée sur le fait que l'OCE pouvait révoquer sa décision. Partant, il n'était pas possible de déterminer si l'association percevait des subventions étatiques, le cas échéant dans quelle proportion. Les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT n'étaient dès lors pas réunies.

g. Le 12 juin 2020, l'association a contesté cette décision, concluant à sa nullité, subsidiairement à son annulation, et à l'octroi d'indemnités en cas de RHT. Il résultait du règlement relatif à la prestation de restauration scolaire en Ville de Genève et aux conditions de subventionnement des associations de cuisines et restaurants scolaires du 8 avril 2020 (LC 21 561 ; ci-après : règlement) que les associations qui assumaient une prestation de restaurant scolaire encouraient un risque entrepreneurial car la facturation ainsi que le recouvrement des montants dus par les familles était réalisé par l'association et non par la Ville de Genève (cf. art. 8 du règlement). Par ailleurs, la Ville de Genève ne garantissait pas les coûts des associations assumant une prestation de restaurant scolaire, étant donné que le versement des subventions n'était effectué que de manière discrétionnaire. Il n'y avait au demeurant aucun droit à l'octroi d'une subvention.

Le même jour, une plainte a été déposée au Conseil d'État.

h. Par courriel du 23 juin 2020, l'OCE a invité l'association à lui faire parvenir des documents complémentaires, en particulier ses bilans et les comptes de pertes et profits pour l'année 2019. L'association était également invitée à répondre à des questions complémentaires.

i. Par courriel du 23 juin 2020, l'association s'est limitée à se référer au contenu de son opposition du 12 juin 2020.

j. Par décision sur opposition du 17 juillet 2020, l'OCE a confirmé sa décision du 22 mai 2020. L'association bénéficiait de subventions de la part de la Ville de Genève et fournissait des prestations de restauration sur mandat de cette dernière, en application de la loi sur l'accueil à journée continue du 22 mars 2019 (LAJC – J 6 32). Dans la mesure où elle exerçait une tâche déterminée par la loi, son existence ne pouvait être remise en cause à brève échéance, de sorte qu'elle ne risquait pas de devoir fermer ses portes en cas de manque de travail ou de pertes financières. Son financement au travers de subventions garantissait d'éventuels découverts. Au demeurant, faute de communiquer les renseignements et documents demandés, l'association 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, de sorte qu'il n'existait pas de

risque immédiat et concret de disparition d'emplois. C'était partant à juste titre que les indemnités en cas de RHT lui avaient été refusées.

3. a. Par acte du 11 septembre 2020, l'association a formé recours à l'encontre de cette décision par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), concluant à sa nullité, subsidiairement à son annulation, et à l'octroi des indemnités en cas de RHT pour la période du 17 mars 2020 au 16 septembre 2020. En tant qu'elle appliquait la directive du SECO du 9 avril 2020, la décision violait le principe de la légalité. Les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT étaient par ailleurs réalisées. Pendant la fermeture des écoles, l'association n'avait encaissé aucun paiement de la part des parents, étant donné que les repas n'étaient pas servis. L'association n'avait pu maintenir les emplois que grâce au versement des indemnités en cas de RHT reçues de la part de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) et au fait qu'elle n'avait pas honoré ses fournisseurs pour les mois de mars 2020 et avril 2020.

   b. Par réponse du 9 octobre 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours. Dès lors que l'association exerçait une tâche d'utilité publique prévue par la loi et que l'offre de restauration scolaire aux enfants des écoles situées sur le territoire de la Ville de Genève était d'une grande importance à long terme pour l'économie et devait à tout prix être maintenue, l'existence même de l'association ne pouvait être remise en cause à brève échéance, de sorte qu'elle ne risquait pas de devoir fermer ses portes en cas de manque de travail ou de pertes financières. L'association n'avait, pour le surplus, pas non plus apporté la preuve d'un risque concret de disparition d'emplois, ni démontré qu'elle ne disposait pas d'une couverture de ses coûts d'exploitation, n'ayant pas transmis les renseignements et documents demandés à deux reprises par l'OCE.

   c. Le 3 novembre 2020, l'association a persisté dans ses conclusions. Toutes les pièces utiles avaient été déposées devant la chambre de céans par l'OCE.

   d. Par pli du 8 juillet 2021, la chambre de céans a invité l'association à lui transmettre les contrats de travail de ses employés et les comptes (bilan et résultat) pour les années 2019 et 2020.

   e. Le 11 août 2021, répondant aux questions de la chambre de céans, le Département de la cohésion sociale et de la solidarité de la Ville de Genève a indiqué que la prise en charge des élèves à l'école primaire, hors enseignement, notamment en ce qui concernait la restauration scolaire à midi, était devenue une tâche publique incombant exclusivement aux communes. Celles-ci assuraient le financement des prestations de repas de midi, déduction faite de la participation financière des familles. L'association recourante percevait des subventions monétaires (couverture du déficit) et non monétaires (locaux, transport de repas, contentieux, etc.). Pour l'année scolaire 2019-2020, l'association avait droit, de la part de la Ville de Genève, à la subvention habituelle de couverture au déficit, et, si besoin, à une subvention permettant de couvrir ses pertes liées à la crise sanitaire du

Coronavirus (ci-après : COVID-19). En ce qui concernait l'année scolaire 2019-2020, le total de la subvention au déficit s'élevait à CHF 87'799.35. À ce jour, les contrats de prestations prévus par le règlement communal étaient en cours d'élaboration et ne pouvaient être transmis.

f. Le 16 août 2021, l'association a produit les contrats de travail de ses employés ainsi que le bilan comptable concernant l'exercice de l'année scolaire 2019-2020, dont il ressort que les charges d'exploitation s'élevaient, pour la période concernée, à CHF 367'264.36 (dont CHF 126'485.05 à titre de frais de personnel), alors que les produits d'exploitation étaient de CHF 279'465.01 (dont CHF 87'905.50 de subventions GIAP municipales et cantonales). Le résultat d'exploitation présentait ainsi une perte de CHF 87'799.35, couverte par une « subvention sur l'excédent de charges » du même montant, ce qui a abouti à un résultat net de l'exercice de CHF 0.-.

L'association a précisé qu'elle recevait, chaque année, une subvention de la part de la Ville de Genève afin qu'elle puisse délivrer une prestation de restauration scolaire aux enfants de l'école de B_____. La subvention était toutefois octroyée de manière discrétionnaire, conformément au règlement communal, de sorte que le montant de la subvention n'était jamais connu à l'avance. Pour l'exercice comptable 2019-2020, l'association avait perçu une subvention de CHF 87'902.50 de la part de la Ville de Genève, mais n'avait reçu aucune subvention extraordinaire due à la crise sanitaire pour l'année 2020. Aucun contrat de prestations n'avait été conclu avec la Ville de Genève. Enfin, en exigeant un risque immédiat de disparition d'emplois et l'existence d'un risque de faillite ou de fermeture, la directive 2020/06 du SECO dépassait clairement les conditions légales d'octroi de l'indemnité en cas de RHT, violant ainsi le principe de la légalité.

g. La chambre de céans a transmis ces écritures aux parties.

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 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 de l'indemnité en cas de RHT sollicitée par la recourante du 16 mars 2020 au 17 avril 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 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).

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 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.

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), 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).

b. 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).

6. Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation du principe de la légalité. Elle soutient que la directive du SECO 2020/06 du 9 avril 2020, sur laquelle se fonde l'intimé dans sa décision, outrepasse les conditions légales d'octroi des indemnités en cas de RHT.

a. 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).

b. 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).

c. En l'occurrence, il est vrai que les dispositions légales en matière de RHT ne prévoient pas de réglementation particulière concernant les entreprises de droit 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 (cf. ATAS/676/2021 du 17 juin 2021, consid. 10 et 11).

Dans tous les cas, le présent litige peut être tranché sans qu'il ne soit nécessaire de se référer à la directive contestée.

7. 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 la Ville de Genève et qu'elle fournissait des prestations de restauration sur mandat de cette dernière. 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.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a été contrainte de cesser ses prestations de restauration scolaire 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 COVID-19 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.

8. 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, il ressort du dossier que, pour servir les repas aux enfants du restaurant scolaire, la recourante fait appel à des aides rémunérées, engagées sur la base de contrats de droit privé. Ainsi, en l'absence de protection en cas de suppression d'emplois, les employés de la recourante ne sauraient être assimilés à des fonctionnaires. Or, pour obtenir des indemnités en cas de RHT, 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.

   a. D'après l'art. 204 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00), l'État est responsable de l'accueil préscolaire (al. 1). Les enfants qui suivent leur scolarité obligatoire dans l'enseignement public bénéficient d'un accueil à journée continue, chaque jour scolaire (al. 2).

   La LAJC fixe le cadre de l'accueil à journée continue pour tous les enfants qui suivent leur scolarité obligatoire dans les écoles publiques des degrés primaire et secondaire I (cycle d'orientation) du canton (art. 1). L'accueil à journée continue comprend notamment, au degré primaire, le repas de midi (art. 4 al. 1 let. b). Selon l'art. 6, les communes sont responsables de l'organisation de l'accueil à journée continue pour les enfants scolarisés sur leur territoire (al. 1). À cette fin, elles sont responsables de la prestation des repas de midi qu'elles peuvent confier à des mandataires (al. 2). Dans le cadre de la prestation du repas de midi prévue à l'art. 4 let. b, les familles peuvent bénéficier de rabais selon les conditions fixées par les communes (art. 9 al. 3).

   Sur la base de cette loi, le Conseil administratif de la Ville de Genève a adopté, le 8 avril 2020, le règlement relatif à la prestation de restauration scolaire en Ville de Genève et aux conditions de subventionnement des associations de cuisines et restaurants scolaires du 8 avril 2020 qui vise à définir les modalités selon lesquelles la Ville de Genève entend délivrer la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi et les conditions de subventionnement des associations de cuisines et restaurants scolaires travaillant sur le territoire de la Ville de Genève (art. 2).

Selon son art. 1 al. 1, la Ville de Genève délivre une prestation de restauration scolaire pour les repas de midi destinée à tous les enfants scolarisés dans les écoles primaires publiques situées sur son territoire en application de la LAJC. La Ville de Genève reconnaît l'importance de fournir des repas sains et équilibrés consommés dans un environnement convivial (al. 2).

S'agissant des modalités d'intervention, la Ville de Genève peut soit fournir elle-même la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi en contractant directement avec les représentants légaux des enfants bénéficiaires (art. 3 al. 1 let. a), soit confier la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi, en tout ou en partie, à des délégataires ou à des mandataires, publics ou privés. Tout mandat ou toute délégation est formalisé par contrat (art. 3 al. 1 let. b). La Ville de Genève peut poursuivre sa collaboration historique avec des associations de cuisines et restaurants scolaires (ci-après : associations subventionnées), sur la base d'un contrat de prestations (art. 3 al. 2).

Les tarifs liés à la prestation de restauration scolaire sont fixés par le Conseil administratif (art. 4 al. 1). D'après l'art. 8, dans le cas où la Ville de Genève confie la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi, à des associations ou à des délégataires, publics ou privés, ces derniers contractent avec les représentants légaux des enfants bénéficiaires (let. a) ; fournissent et servent les repas (let. b) ; facturent les montants dus par les familles et peuvent confier le recouvrement des créances et des impayés à des mandataires (let. c).

Selon l'art. 8, dans le cas où la Ville de Genève confie la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi, à des associations ou à des délégataires, publics ou privés, ces derniers contractent avec les représentants légaux des enfants bénéficiaires sur la base des Conditions générales applicables à la prestation de restauration scolaire des repas de midi en Ville de Genève (let. a) ; fournissent et servent les repas (let. b) ; facturent les montants dus par les familles et peuvent confier le recouvrement des créances et des impayés à des mandataires (let. c).

Selon l'art. 9, la Ville de Genève accorde sur demande, par l'intermédiaire du service des écoles, et aux conditions fixées par le présent règlement, des subventions monétaires et non monétaires aux associations qui se sont données pour but social de délivrer une prestation de restauration scolaire aux enfants des écoles situées sur le territoire de la Ville de Genève (al. 1). D'après l'al. 2, les subventions monétaires sont calculées par la Ville de Genève et comprennent un montant unique correspondant à l'excédent de charges, tel qu'il ressort du compte d'exploitation (let. a) ; des aides ponctuelles pouvant être octroyées de façon exceptionnelle, sous la forme d'avances ou de subventions extraordinaires (let. b) ; le paiement des créances des abonnements pour les repas impayés, irrécouvrables après procédures fondées sur la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (let. c).

Les conditions de subventionnement liées aux associations sont définies à l'art. 11 du règlement. D'après l'art. 12 al. 3, il n'existe aucun droit de recevoir une subvention.

b. Sur la base de ces dispositions, la Ville de Genève a confié la prestation de restauration scolaire pour le repas de midi dans les cuisines et restaurants scolaires A_____ à l'association recourante. Ainsi que l'a relevé la Ville de Genève, il s'agit de l'une des neuf associations actives sur le territoire communal en charge de la restauration scolaire. Pour ce faire, l'association perçoit des subventions monétaires et non monétaires (mise à disposition de locaux, transport de repas, contentieux, etc.). Or, il n'est pas contesté que les subventions monétaires visent notamment à couvrir l'éventuel déficit de l'association. Cela ressort sans ambiguïté de l'art. 9 al. 2 let. a du règlement, selon lequel les subventions monétaires comprennent un montant unique correspondant à l'excédent de charges. Il suit de là que les déficits sont couverts au moyen des deniers publics. Cela a du reste été confirmé dans le cas présent puisque, s'agissant de l'exercice 2019-2020, en sus des subventions GIAP, municipales et cantonales de CHF 87'902.50, l'association a bénéficié d'une subvention communale sur l'excédent de charges de CHF 87'799.35, correspondant au déficit d'exploitation de l'exercice concerné. Cela résulte tant du compte de résultat de l'association pour l'exercice 2019-2020 que de la détermination de la Ville de Genève devant la chambre de céans du 11 août 2021. Il s'ensuit que 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.

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

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	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