

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 avril 2022

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Di Ferro Demierre et Dessaux, juges
Greffier : M. Favez

Cause pendante entre :

FONDATION X._____, à [...], recourante, représentée par Me Emilie Rodriguez, avocate à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, à Lausanne, intimé.

Art. 31 al. 1 et 32 LACI ; art. 51 al. 1 OACI

E n f a i t :

A. **a)** En date du 17 mars 2020, la Fondation X. _____ (ci-après : la fondation ou la recourante), active dans le domaine de l'insertion sociale et professionnelle, a transmis au Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé) un préavis par lequel elle a requis l'octroi de mesures de réduction de l'horaire de travail pour cent soixante-trois de ses employés dès le 17 mars 2020 pour une période indéterminée. La demande était motivée par l'arrêt de l'activité de la fondation en lien avec la pandémie du Covid-19.

b) Après avoir procédé à diverses mesures d'instruction, le SDE a rejeté la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail par décision du 22 juin 2020, aux motifs que la Fondation X. _____ n'encourait aucun risque d'exploitation vu l'important taux de subventionnement par des fonds publics et que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable.

c) Malgré l'opposition formée le 23 juillet 2020 par la Fondation X. _____ contre cette décision, le SDE a confirmé la teneur de cette dernière par décision sur opposition du 3 février 2021.

B. **a)** Par acte du 4 mars 2021, la Fondation X. _____, représentée par Me Emilie Rodriguez, avocate à Lausanne, a déféré la décision sur opposition rendue le 3 février 2021 par le SDE auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud. Principalement, elle a conclu à sa réforme, en ce sens que la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail déposée le 17 mars 2021 soit admise. Subsidiairement, elle a conclu à son annulation et au renvoi de l'affaire au SDE pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

 En premier lieu, la Fondation X. _____ faisait valoir que le SDE ne pouvait pas soutenir que 89,17 % de son budget était couvert par des subventions. Si la fondation pouvait admettre ce postulat pour une

période durant laquelle elle exploiterait ses activités sans restriction, il n'en était rien depuis le mois de mars 2020, puisque la majorité des subventions perçues étaient conditionnées non seulement à la dispense de cours de formation, mais également à des objectifs d'heures d'activité. Si elle ne remplissait pas les objectifs fixés dans les conventions de subventions, il lui appartenait de restituer la part excédentaire, ce dont elle devait tenir compte dans sa comptabilité au fur et à mesure de l'année. Dans ce contexte, la fondation reprochait au SDE de ne pas avoir instruit la question des conditions d'octroi des subventions allouées avant de refuser son préavis de réduction de l'horaire de travail. A cet égard, elle avait communiqué au SDE la circulaire de la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) du 30 mars 2020 faisant référence à la subsidiarité des subventions par rapport aux mesures d'allocation perte de gain et de réduction de l'horaire de travail. Le SDE ne pouvait pas ignorer ces faits dans la mesure où il subventionnait régulièrement les activités en cause et avait suspendu ses versements compte tenu de l'absence de cours dispensés durant la période en question.

En deuxième lieu, la Fondation X. _____ estimait qu'il y avait lieu de reconnaître le risque concret pour les emplois. En substance, il était inexact d'inférer du fait qu'elle percevait des subventions à hauteur de 8[...],[...] % que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable. Au contraire, le subventionnement de ses activités n'était pas garanti au moment du dépôt de son préavis de réduction de l'horaire de travail. Elle n'avait d'ailleurs pas été en mesure de reconduire les contrats de quatre de ses collaborateurs en raison de sa situation économique, ce qui démontrerait le risque concret de disparition d'emploi dont elle faisait l'objet au moment du dépôt de son préavis.

Pour finir, la Fondation X. _____ se prévalait des directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO) pour en déduire un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en fonction de ses heures chômées et de sa perte à prendre en considération, sans déduction de la part subventionnée.

b) Dans sa réponse du 14 avril 2021, le SDE a conclu au rejet du recours. Il ressortait de l'instruction qu'il avait menée que le total des subventions perçues par la Fondation X._____ représentait 89,17 % de ses recettes. Or la fondation n'avait à aucun moment précisé que les subventions en question n'étaient perçues que lorsque les prestations étaient effectivement réalisées. Elle ne saurait par conséquent se prévaloir d'une lacune de l'instruction au stade de la procédure de recours.

La Fondation X._____ avait par ailleurs admis avoir reçu des subventions malgré les circonstances, en particulier 43,96 % des subventions afférentes au M._____ ; elle avait également indiqué dans un courrier du 22 juin 2020 que toutes ses activités n'étaient pas totalement interrompues, puisqu'elle chiffrait sa perte de travail effective à 30 %. Il convenait dès lors de retenir que la fondation avait pu exercer une activité résiduelle au cours de la période litigieuse et qu'il n'était pas possible de déterminer si les 43,96 % de subventions correspondaient à l'ensemble des activités qui n'avaient pas été interrompues ou si d'autres activités avaient malgré tout pu être déployées et avaient donné lieu à un subventionnement.

En outre, la Fondation X._____ n'était pas confrontée à un risque immédiat de disparition d'emplois. Le fait qu'en l'absence de garanties étatiques, elle aurait dû engager ses fonds propres ou contracter un emprunt pour maintenir les emplois n'y changeait rien. Pour l'autorité, la suppression de quatre postes de travail sur 163 emplois ne démontrait pas le risque immédiat de perte d'emplois.

c) Dans sa réplique du 27 mai 2021, la Fondation X._____ a maintenu ses conclusions. De son point de vue, le SDE, qui octroyait une partie des subventions qu'elle percevait, ne pouvait pas ignorer que celles-ci étaient versées en fonction des prestations fournies. S'agissant de la perte de travail effective de 30 % annoncée au SDE, elle était supérieure au seuil légal de 10 %, si bien qu'une activité résiduelle ne faisait pas obstacle à l'octroi de l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail. Quant au risque immédiat de disparition d'emplois, la suppression

de quatre postes démontrait clairement qu'elle pouvait procéder à des licenciements pour faire baisser les coûts d'exploitation, ces derniers n'étant pas entièrement couverts par les subventions qu'elle percevait.

d) Par écriture du 15 juin 2021, le SDE a maintenu sa position.

e) Par ordonnance du 24 juin 2021, le Juge instructeur a requis de la Fondation X. _____ qu'elle produise, dans un délai au 9 juillet 2021, la comptabilité de toutes ses structures pour les années 2019 et 2020, sa comptabilité complète (bilan, compte de résultat et grand-livre) pour les années 2019 et 2020 ainsi que ses rapports d'activité 2019 et 2020.

f) La Fondation X. _____ a donné suite à cette réquisition le 9 juillet 2021.

g) Par courrier du 6 août 2021, le SDE a indiqué que les documents produits n'apportaient aucun élément susceptible de lui faire revoir sa position. Il a maintenu sa conclusion tendant au rejet du recours.

h) Le 5 octobre 2020, le Juge instructeur a tenu une audience d'instruction, au cours de laquelle il a entendu D. _____, directrice de la Fondation X. _____, en qualité de témoin. Au terme de l'audience, les parties ont maintenu leurs conclusions respectives.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogation expresse, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité (art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent

(art. 56 et 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a de la loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD ; BLV 173.36]) et respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du 17 mars 2020.

3. Le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a interdit, avec effet au 16 mars 2020, les activités présentielles dans les établissements de formations (art. 5 al. 1 ordonnance 2 COVID-19 [ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus] ; RS 818.101.24).

4. a) Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque :

- a. 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 ;
- b. la perte de travail doit être prise en considération (art. 32) ;
- c. le congé n'a pas été donné ;
- d. 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.

b) L'art. 32 LACI précise que la perte de travail est prise en considération lorsque :

- a. elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et que
- b. elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise.

c) Aux termes de l'art. 51 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI ; RS 837.02), les pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, ou qui sont dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, sont prises en considération lorsque l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou faire répondre un tiers du dommage.

5. a) En matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, la jurisprudence a précisé que les entreprises de droit public ne réunissaient, en règle générale, pas les conditions donnant droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, car elles n'encouraient pas de risques d'exploitation à proprement parler. Compte tenu des multiples formes de l'activité étatique, on ne pouvait cependant d'emblée exclure que, dans un cas concret, le personnel des services publics remplisse les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 362 consid 3a). Cela étant, le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'existe pas lorsqu'un employeur de droit public n'endosse aucun risque d'exploitation parce qu'il doit remplir son mandat légal indépendamment de la situation conjoncturelle (mandats de prestations) et financière, les dépenses supplémentaires ou les pertes étant couvertes par les fonds publics (DTA 1996/1997 n° 22 p. 123 consid. 3a ; voir également Bulletin LACI RHT, ch. D 36 et D37).

b) Dans le cadre des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Covid-19), le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a rédigé une directive destinée à préciser les conditions d'octroi des prestations de l'assurance-chômage dans le contexte de la pandémie du Covid-19. Au ch. 2.6 de la directive 2021/01 du SECO (applicable au moment où l'intimé a rendu la décision entreprise), sous l'intitulé « *Préavis des fournisseurs de prestations publiques (employeurs publics, administrations, etc.)* », le SECO a notamment précisé ce qui suit :

Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est de préserver les emplois. L'objectif est d'éviter des licenciements à court terme, consécutifs à un recul temporaire de la demande de biens et de services, et la perte de travail qui en résulte (cf. également ATF 121 V 362 c. 3a). De manière générale, ce risque (immédiat) de disparition d'emplois concerne uniquement les entreprises qui financent la fourniture de prestations exclusivement avec les revenus ainsi perçus ou avec des fonds privés.

Contrairement aux entreprises privées, les fournisseurs de prestations publiques ne supportent pas de risque entrepreneurial ou de risque de faillite parce qu'ils doivent mener à bien les tâches qui leur ont été confiées par la loi indépendamment de la situation économique. Les éventuels 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.

En vertu du mandat des fournisseurs de prestations publiques, considérant l'objectif visé par l'indemnité en cas de RHT, les prestataires n'ont globalement aucun droit à la RHT pour leurs travailleurs. Le versement d'indemnité en cas de RHT en cas de suspension temporaire de cette fourniture de prestations revient à répercuter les coûts du salaire sur le fonds de l'AC sans que le risque de licenciements à court terme pour ces entreprises publiques-privées, contre lequel se bat le législateur, ne soit avéré.

Ces réflexions s'appliquent aussi bien aux employeurs de droit public-privé eux-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.

La RHT ne peut être accordée aux travailleurs employés par des fournisseurs de prestations publiques que si les travailleurs concernés sont exposés à un risque concret et immédiat de licenciement. Cela peut également concerner un secteur d'un prestataire seulement. Par exemple, une entreprise de transports peut comprendre à la fois un secteur d'exploitation pour lequel elle a droit à l'indemnité en cas de RHT en cas de chute du chiffre d'affaires (p. ex. bus touristiques), et un secteur d'exploitation pour lequel aucun droit à l'indemnité en cas de RHT n'existe (exploitation subventionnée d'un bus local).

On considère qu'un risque immédiat et concret de disparition d'emplois est présent si, en cas de recul de la demande ou de réduction ordonnée de l'offre chez le mandataire, il n'existe pas de garantie que les coûts d'exploitation seront entièrement couverts, et si les entreprises concernées ont la possibilité de procéder à des licenciements immédiats dans l'objectif de faire baisser les coûts d'exploitation. Ces deux conditions doivent être cumulées.

L'ACt est tenue de vérifier uniquement si un risque immédiat et concret de disparition d'emplois existe et si l'employeur est en mesure de justifier ce risque en présentant des documents appropriés. Il incombe donc aux entreprises qui fournissent des prestations publiques (Service Public) de justifier de manière plausible à l'ACt qu'en cas de perte de travail, un risque immédiat et

concret de licenciements existe, à l'aide de documents adaptés (règlements du personnel, contrats de travail, mandats de prestations, concessions, CCT, etc.). Il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres examens. L'introduction de la réduction de l'horaire de travail doit être refusée uniquement si les documents remis par l'employeur ne justifient pas un risque de disparition d'emplois à satisfaction de droit.

Une fois toutes les conditions réalisées et la RHT accordée, l'entité a droit à l'indemnité en cas de RHT en fonction de ses heures chômées et de sa perte à prendre en considération comme toute entreprise remplissant les conditions de l'indemnité en cas de RHT, sans aucune différence. En particulier, la part subventionnée ou la garantie étatique n'est pas retirée lors du calcul de l'indemnité en cas de RHT. De même, les mesures de soutien décidées ultérieurement par le Parlement ou le Conseil fédéral n'entraînent pas de réduction d'indemnité en cas de RHT (c'est-à-dire que ces paiements n'entraîneraient pas de diminution d'indemnité en cas de RHT ni de restitutions). Ces précisions entrent en vigueur rétroactivement au 1^{er} juin 2020.

Dans le cas d'une décision sur opposition, la réalisation des deux conditions du droit à l'indemnité susmentionnées (risque de disparition d'emplois concret et aucune couverture complète des coûts d'exploitation) doit être mentionnée clairement et explicitement sur le document justificatif comme motif.

c) Selon l'art. 32 al. 4 LACI, le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles un secteur d'exploitation est assimilable à une entreprise. L'art. 52 al. 1 OACI précise qu'un secteur d'exploitation est assimilé à une entreprise lorsqu'il constitue une entité organique, munie de ses propres ressources en personnel et en équipements et qui relève d'une direction autonome au sein de l'entreprise ou fournit des prestations qui pourraient être fournies et offertes sur le marché par des entreprises indépendantes. Pour savoir s'il s'agit d'un secteur d'exploitation, il importe de se fonder surtout sur des critères économiques et moins sur des critères d'ordre juridique. Il faut en l'occurrence tenir compte du déroulement de la production et déterminer comment un fléchissement de l'activité influe sur les diverses parties d'une entreprise. Pour qu'un secteur d'exploitation puisse être mis sur le même pied qu'une entreprise, il doit jouir d'une certaine autonomie au sein de l'entreprise. Il doit comprendre un groupe de travailleurs constituant sur le plan de l'organisation une unité au sein de l'entreprise. Il doit en outre posséder un objectif d'exploitation propre ou fournir des prestations propres dans le déroulement interne de la production (ex. fabrication d'un produit intermédiaire). Il n'est pas absolument nécessaire que le secteur

d'exploitation se trouve à un autre endroit que le reste de l'entreprise. En revanche, les éléments qui s'opposent à une telle assimilation sont une étroite imbrication sur le plan du personnel et dans le domaine technique (SECO, Bulletin LACI RHT, C32 et C33).

6. a) La Fondation X._____ est une fondation de droit privé qui a pour but principal l'exploitation de divers lieux de prises en charge destinés à l'encadrement de personnes en difficulté. Ainsi que l'a précisé sa directrice au cours de son audition, la Fondation X._____ peut être considérée comme une « entreprise offrant des prestations de service dans le domaine du social et dont les clients sont principalement des administrations publiques ».

b) Ainsi que l'attestent le tableau comparatif des comptes d'exploitation par structure relatif aux années 2019 et 2020 et l'organigramme produits par la recourante, la Fondation X._____ exploite différentes structures qui peuvent être qualifiées de « secteur d'exploitation » au sens des art. 32 al. 4 LACI et 52 al. 1 OACI. Chaque secteur remplit en effet une mission prédéfinie, est muni de ses propres ressources en personnel et dispose de ses propres sources de financement ; chaque structure fait par ailleurs l'objet, au sein de la Fondation X._____, d'une comptabilité séparée.

c) Les rapports de travail entre la Fondation X._____ et ses collaborateurs sont régis par la Convention collective de travail dans le secteur social parapublic vaudois et relèvent par conséquent du droit privé.

d) La Fondation X._____ tire une grande partie de son financement (8[...],[...] % en 2019) des subventions et autres contributions allouées par les pouvoirs publics (fédéral, cantonal, régional et communal) pour réaliser les mandats qui lui sont confiés. Le reste du financement (1[...],[...] % en 2019) résulte principalement des recettes générées par certaines de ses structures (en particulier par les ateliers des A._____).

7. Pour autant, l'intimé ne pouvait, comme il l'a fait dans la présente affaire, déduire du mode de financement de la recourante que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable, au motif que les fonds d'origine publique - même s'ils ne couvraient pas intégralement les coûts d'exploitation - permettaient de couvrir en partie les charges de la recourante, singulièrement les charges salariales. En procédant de la sorte, l'intimé a opéré un raccourci - fondé sur l'origine générale des ressources de la recourante - qui, dans son résultat, a conduit à éluder la structure complexe de la recourante. En réalité, l'intimé ne pouvait faire l'économie d'un examen détaillé des différentes structures de la recourante, que ce soit sous l'angle de leur fonctionnement ou sous celui de leur financement. A cet égard, les reproches adressés par l'intimé à la recourante à propos du manque d'explications fournies apparaissent particulièrement déplacés, dès lors que la recourante avait produit, en cours de procédure, une copie de son organigramme et un tableau de répartition de son personnel dans les différentes structures, et indiqué qu'elle ne bénéficiait d'aucune garantie de déficit et était principalement rémunérée à la prestation. En ce sens, il convient d'admettre que l'intimé a examiné la situation de façon superficielle et violé son obligation d'instruire les faits d'office.

8. Cela étant constaté, il convient d'examiner si la recourante peut, pour chacune de ses structures, prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

a) Dans le cadre de l'examen de la présente affaire, il n'y a pas lieu de tenir compte des éventuelles aides à fonds perdu qui auraient été allouées par les pouvoirs publics afin de soutenir des organismes tels que la recourante. Ainsi que l'a précisé la jurisprudence, la question de savoir si les conditions à l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail sont réunies doit s'examiner de façon prospective à la lumière des circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 371 consid. 2a ; DTA 1989 n° 12 p. 121 consid. 3a).

b) La structure B._____ a pour tâche principale de coordonner, par le biais d'échanges, de transfert d'informations et de réflexion entre acteurs, les actions proposées par différents partenaires dans le domaine des addictions. Elle est financée par la Direction générale de la santé, par la Direction générale de la cohésion sociale, par Lausanne Région ainsi que par la commune de Lausanne par le biais de subventions affectées à des projets spécifiques. La structure B._____ assure également, sur mandat de la Direction générale de la santé, la coordination opérationnelle du Dispositif cantonal d'indication et de suivi en addictologie (DCISA) et du Programme cantonal de prévention des maladies transmissibles - matériel stérile (PPMTMS). Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, la pandémie n'a pas eu d'influence sur les activités de la structure compte tenu de leur mode de financement. Partant, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

c) La structure C._____ gère l'activité de travailleurs sociaux hors murs intervenant auprès de personnes confrontées à la consommation de drogues dans le canton de Vaud et plus particulièrement dans les communes de [...] et de [...]. Elle est financée, sous la forme d'une enveloppe globale, par la Direction générale de la santé, par [...] ainsi que par les villes de [...] et de [...]. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, la structure C._____ n'a pas été impactée par la pandémie, si ce n'est dans son mode de fonctionnement. En l'absence de risque de perte d'emploi compte tenu du maintien du suivi des bénéficiaires, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

d) La structure E._____ assure notamment l'accompagnement ambulatoire de personnes en grande difficulté sociale et vivant avec une maladie virale et gère, pour le compte de certains de ses bénéficiaires, les problématiques liées au logement (location d'appartement). Elle est financée par la Direction générale de la santé et

par l'Office fédéral des assurances sociales. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, la structure E. _____ n'a pas été impactée par la pandémie. En l'absence de risque de perte d'emploi compte tenu du maintien du suivi des bénéficiaires, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

e) Les structures G. _____, H. _____ et U. _____ sont des services sociaux qui interviennent en « milieu ouvert », qui offrent un accompagnement socio-éducatif individualisé pour des personnes en grandes difficultés (sociales, financières, familiales, etc.) et qui gèrent, pour le compte de certains de leurs bénéficiaires, les problématiques liées au logement (location d'appartement). Elles sont financées par la Direction générale de la cohésion sociale, par l'Office fédéral des assurances sociales ainsi que par les communes de [...] et de [...]. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, les activités des structures G. _____, H. _____ et U. _____ ont perduré tant bien que mal durant la pandémie. En l'absence de risque de perte d'emploi compte tenu du maintien du suivi des bénéficiaires, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

f) La structure J. _____ a pour objectif d'accompagner des personnes qui rencontrent des difficultés à trouver et/ou conserver un logement stable pour des raisons financières et/ou sociales. Elle est financée, sous la forme d'une enveloppe globale, par la Direction générale de la cohésion sociale ainsi que par les communes de [...]. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, la structure J. _____ n'a pas été impactée par la pandémie, si ce n'est dans son mode de fonctionnement, les permanences logements ayant dû être fermées. En l'absence de risque de perte d'emploi compte tenu du maintien du suivi des bénéficiaires, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

g) Le Foyer K._____ est une structure qui accueille des adultes rencontrant des difficultés sociales et vise à la réinsertion. Il est financé par la Direction générale de la cohésion sociale. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, le Foyer K._____ a poursuivi ses activités au cours de la pandémie. Partant, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

h) La structure O._____ offre un ensemble de mesures d'insertion sociale autour de la dimension artistique. Elle est financée par la Direction générale de la cohésion sociale et par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud. Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, l'activité des travailleurs sociaux s'est poursuivie au cours de la pandémie. Partant, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé par cette structure.

i) La structure L._____ gère un immeuble à [...] destiné à des familles monoparentales en situation de vulnérabilité ainsi que des mesures d'insertion sociale (N.Y._____ et N.Z._____) destinées à des personnes en recherche de solutions de logement ou en recherche d'une perspective professionnelle. Elle est financée par la Direction générale de la cohésion sociale ainsi que, partiellement (N.Z._____), par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud. Si, comme l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, les activités des travailleurs sociaux se sont poursuivies en lien avec les familles logées à [...], tel n'a pas été le cas s'agissant des mesures d'insertion sociale, dès lors que ces mesures ont dû être arrêtées en raison du confinement. Dans la mesure où, s'agissant de ces mesures, la recourante subissait un recul temporaire de la demande et une perte de travail qui ne pouvaient qu'influer sur le chiffre d'affaires de la structure, la recourante étant rémunérée en fonction de la délivrance effective de la prestation (cf., par exemple, fiche descriptive MR, code de prestation 583/588 [pièce 9a]), il existait par conséquent un risque immédiat de disparitions d'emploi, les recettes n'étant plus susceptibles de couvrir les coûts totaux de la

structure. Dans ces conditions, la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé dans les mesures d'insertion sociale délivrées dans le cadre de la structure L._____.

j) Les A._____ et AB._____ proposent des prestations d'entraînement au travail et des formations professionnelles qualifiantes et s'adressent à tout adulte en difficulté face au marché du travail et bénéficiant d'un soutien social. Alors que les A._____ sont financées par la Direction générale de la cohésion sociale, par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud ainsi que par le programme S._____, AB._____ reçoit un financement du Service de l'emploi et de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud. Les structures sont financées en fonction des heures effectuées (A._____, cf., par exemple, avenant financier annuel à la Convention entre la Direction de l'Insertion et des Solidarités et la Fondation X._____ concernant le subventionnement des prestations socio-professionnelles pour adultes, année 2020 [pièce 9e]), à la journée (A._____, cf., par exemple, fiche descriptive MR, code de prestation 582 [pièce 9a] ; AB._____, cf., par exemple, décision de subvention RI du 13 novembre 2019, cours de base en microtechnique [pièce 9c]), au forfait par cas (Entreprises d'insertion, cf., par exemple, fiche descriptive MOP, code de prestation 299 [pièce 9a]) ou au forfait mensuel (AB._____, cf., par exemple, fiche descriptive MIP/MOP 16-17 LAI, code de prestation 562/430 ou 480 [pièce 9a]). Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, les ateliers de formation ont été fermés le 13 mars 2020. Dans la mesure où la recourante ne pouvait plus délivrer, à compter de cette date, les prestations convenues avec ses différents commanditaires, elle était amenée à subir un recul temporaire de la demande et une perte de travail qui ne pouvaient qu'influer sur le chiffre d'affaires des structures, la recourante supportant non seulement les conséquences de la non-délivrance des formations, mais également la perte des recettes engendrée par les activités des ateliers. Par conséquent, il existait un risque immédiat de disparitions d'emploi, les recettes n'étant plus susceptibles de couvrir les coûts totaux de la structure. Dans ces

conditions, la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé dans les mesures d'insertion sociale délivrées dans le cadre des A._____ et d'AB._____.

k) Le M._____ est une structure qui propose des formations professionnelles, des stages en entreprises et des mesures de rétablissement du lien social dans le but de favoriser la réinsertion sociale et professionnelle. Les partenaires du M._____ sont principalement le Service de l'emploi, l'Office cantonal [...], l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud et l'Office cantonal de l'assurance-invalidité de [...], ainsi que la commune de [...] (cf. pièce 9b), quand bien même certaines formations sont également accessibles aux privés. Chaque module de formation est facturé de manière individuelle en fonction des heures effectuées (cf., par exemple, convention 2020 entre la Ville de [...] et la Fondation X._____ - pour le M._____ [pièce 9b]) ou à la journée (cf., par exemple, décision de subvention RI du 13 novembre 2019, responsables d'immeuble [pièce 9c]). Ainsi que l'a précisé la directrice de la recourante au cours de son audition, les formations ont été interrompues le 13 mars 2020. Si le M._____ a été autorisé, après une courte période, à mettre en place une formation à distance pour les mesures financée par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud et par ses commanditaires [...], le Service de l'emploi le lui a interdit concernant les formations financées par ses soins. Dans la mesure où la recourante ne pouvait plus délivrer, à compter du 13 mars 2020, l'entier des prestations convenues avec ses différents commanditaires, elle était amenée à subir un recul temporaire de la demande et une perte de travail qui ne pouvaient qu'influer sur le chiffre d'affaires de la structure, la recourante étant rémunérée en fonction des prestations concrètement délivrées. Par conséquent, il existait un risque immédiat de disparitions d'emploi, les recettes n'étant plus susceptibles de couvrir les coûts totaux de la structure. Dans ces conditions, la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel occupé dans les mesures d'insertion sociale délivrées dans le cadre du M._____.

9. a) Si, au sein de la recourante, l'existence des structures chargées de remplir des missions particulières n'était pas menacée par la pandémie eu égard à la garantie de leur financement, il n'en allait pas de même des structures payées uniquement « à la prestation ». L'économie enseigne que l'impossibilité de mettre en œuvre les mandats confiés par la clientèle induit en règle générale une perte de chiffre d'affaires (les prestations non fournies ne pouvant être rattrapées par la suite) et peut mettre en danger l'équilibre économique de l'entité économique concernée. Contrairement à ce que soutient l'intimé, la recourante était objectivement exposée, au moment où elle a déposé sa demande d'indemnisation, à un risque d'exploitation pour chacune des structures indemnisées uniquement « à la prestation » qui, théoriquement, pouvait entraîner une restructuration voire la fermeture des structures déficitaires (comme cela a été le cas pour le restaurant [...]). A cet égard, le statut de droit privé des collaborateurs de la recourante ne constituait pas un obstacle à de telles mesures. En ce sens, il convient d'admettre qu'il existait un risque pour l'emploi du fait de la fermeture contrainte des structures concernées à compter du 13 mars 2020. Par voie de conséquence, la recourante a, sur le principe, droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les collaborateurs de la structure L._____, des A._____, d'AB._____ et du M._____.

b) Au demeurant, la situation de la recourante n'est pas comparable à celle d'une entreprise de transport au bénéfice d'une concession (cf. CASSO ACH 36/21 - 145/2021 du 28 juillet 2021) ou d'un établissement de soins hospitaliers. Ces deux entités sont en effet soumises à des obligations de prestations ressortant des mandats qui leur sont confiés par les pouvoirs publics, obligations qui n'existent pas s'agissant de structures chargées de fournir des prestations à la demande, comme c'est le cas pour la structure L._____, les A._____, AB._____ et le M._____.

c) Dans ces conditions, il convient de renvoyer le dossier à l'intimé afin qu'il détermine la perte effective de travail subie par les

collaborateurs de la structure L._____, des A._____, d'AB._____ et du M._____ au cours des mois de mars, avril et mai 2020.

10. a) Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être admis, la décision sur opposition attaquée annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour qu'il procède conformément aux considérants.

b) Faute pour la loi spéciale de le prévoir, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) La recourante, qui obtient gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité à titre de dépens à charge de l'intimé qu'il convient, compte tenu de la complexité du litige et des opérations effectuées, d'arrêter à 3'500 fr. (cf. art. 61 let. g LPGA ; art. 55 LPA-VD ; art. 11 al. 1 et 2 TFJDA [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 ; BLV 173.36.5.1]).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 3 février 2021 par le Service de l'emploi est annulée, la cause étant renvoyée au Service de l'emploi pour qu'il procède au sens des considérants.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. Le Service de l'emploi versera à la Fondation X._____ une indemnité de 3'500 fr. (trois mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Emilie Rodriguez (pour la Fondation X. _____),
- Service de l'emploi (intimé),
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :