

VD_FINDINFO Arrêt / 2022 / 405 vom 7. Juni 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-06-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2022__405

FR: VD_FINDINFO Arrêt / 2022 / 405 du 7 juin 2022

IT: VD_FINDINFO Arrêt / 2022 / 405 del 7 giugno 2022

Regeste

RÉDUCTION DE L'HORAIRE DE TRAVAIL, INDEMNITÉ EN CAS DE TRAVAIL RÉDUIT, RISQUE D'EXPLOITATION, SUBVENTION, DÉCISION NÉGATIVE, VIRUS{MALADIE} | 31 al. 1 LACI, 51 OACI

Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour des assurances sociales 07.06.2022 Arrêt / 2022 / 405

RÉDUCTION DE L'HORAIRE DE TRAVAIL, INDEMNITÉ EN CAS DE TRAVAIL RÉDUIT, RISQUE D'EXPLOITATION, SUBVENTION, DÉCISION NÉGATIVE, VIRUS{MALADIE} | 31 al. 1 LACI, 51 OACI

TRIBUNAL CANTONAL ACH 101/21 - 92/2022 ZQ21.021385 COUR DES

ASSURANCES SOCIALES _____ Arrêt
du 7 juin 2022 _____ Composition :

Mme Dessaux , présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Piguët, juges Greffière : Mme Chaboudez *****

Cause pendante entre : B. _____ , à [...], recourante, représentée par Me Rémy Wyler, avocat à Lausanne, et Service de l'emploi, Instance juridique chômage , à Lausanne, intimé.

_____ Art. 31 al. 1 LACI ; 51 OACI E n f a i t : A. a) Le 20 mars 2020, la Fondation B. _____ (ci-après : la B. _____ ou la recourante) a adressé un préavis de réduction de l'horaire de travail au Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), en annonçant que ses 101 travailleurs étaient touchés par une réduction totale de l'horaire de travail du 23 mars 2020 au 30 juin 2020 à la suite de la fermeture des lieux d'animation ordonnée dans le cadre des mesures prises pour lutter contre le coronavirus. En réponse aux questions qui lui ont été adressées par le SDE, la B. _____ a indiqué, par courriel du 16 avril 2020, qu'elle recevait des subventions publiques de la ville de H. _____, à laquelle elle était liée par une convention de subventionnement (contrat de prestations) d'une durée d'un an. Le taux de subventions était de 98,3 % et celles-ci couvraient l'intégralité des salaires. La B. _____ a par ailleurs confirmé que tous les travailleurs étaient d'accord avec l'introduction de la réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT). Par décision du 9 juin 2020, le SDE a rejeté la demande de la B. _____. Il a considéré, au vu du taux de subvention par des fonds publics dont elle bénéficiait, qu'elle n'encourait aucun risque d'exploitation et que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable. La B. _____ s'est opposée à cette décision en date du 7 juillet 2020. Elle a requis qu'une copie des directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) sur lesquelles le SDE avait fondé sa décision lui soient communiquées et qu'un délai raisonnable lui soit octroyé pour compléter son opposition. Elle a fait valoir qu'elle n'était pas une entité de droit public, mais une fondation de droit privé exposée au risque de dissolution en cas d'insolvabilité, étant précisé que la convention de subventionnement conclue avec la ville de H. _____ ne contenait

aucune garantie de couverture de déficit. Son personnel était engagé par contrat de travail de droit privé, résiliable moyennant le délai prévu par la Convention collective de travail entre la B. _____ et le Syndicat suisse des services publics (ci-après : la CCT), respectivement par le délai prévu dans le code des obligations pour le personnel non soumis à la CCT. L'existence d'un risque de disparition d'emplois à brève échéance ne pouvait être nié. En outre, elle a estimé que l'art. 51 OACI (ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02) ne faisait aucune distinction selon que l'employeur concerné était ou non subventionné par des fonds publics. La B. _____ a produit une copie de ses statuts, de la CCT en vigueur, de la convention de subventionnement conclue avec la ville de H. _____ pour les années 2017-2018, ainsi que du courrier de la ville de H. _____ du 15 juin 2020 confirmant que cette convention était prolongée jusqu'au 31 décembre 2020. b) Le 10 novembre 2020 et le 9 février 2021, la B. _____ a fait parvenir au SDE des nouveaux préavis de RHT, annonçant que la totalité de son personnel était concernée par une réduction de l'horaire de travail puisqu'en raison des nouvelles mesures prises dans le contexte du coronavirus, elle ne pouvait plus accueillir autant de personnes dans ses différents lieux d'animation et que certaines de ses activités étaient suspendues (manifestations, spectacles). Par courriel du 5 janvier 2021, la B. _____ a donné des indications similaires à celles transmises dans son précédent courriel du 16 avril 2020. Par décisions des 13 janvier et 23 mars 2021, le SDE a rejeté ces demandes, au motif que la B. _____ n'encourait aucun risque d'exploitation et que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable. La B. _____ a formé opposition contre ces décisions en date des 9 février et 22 avril 2021. Elle a notamment transmis la nouvelle convention de subventionnement conclue avec la ville de H. _____ pour les années 2021 à 2023, relevant que celle-ci ne prévoyait pas non plus de garantie de couverture de déficit. c) Le 1^{er} mars 2021, le SDE a transmis à la B. _____ une copie de la Directive n° 8 du SECO du 1^{er} juin 2020 en lui impartissant un délai pour compléter son opposition du 7 juillet 2020. Par courrier du 12 mars 2021, la B. _____ a contesté que les conditions applicables au personnel des services publics ou d'une entreprise de droit public lui soient applicables et a repris les arguments de son opposition, en maintenant ses conclusions. Par décision sur opposition du 14 avril 2021, le SDE a rejeté l'opposition formée par la B. _____ le 7 juillet 2020 et confirmé sa décision du 9 juin 2020. Il a rappelé que l'existence d'un risque de perte d'emploi était un critère essentiel à l'octroi d'une indemnité RHT, peu importe la qualification d'employeur de droit privé. Le fait que les charges salariales de la B. _____ soient entièrement couvertes par une subvention de la ville de H. _____ impliquait que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable, d'autant moins qu'après une activité ralentie durant quelques semaines, elle avait dû assurer un retour à la normale de ses prestations par l'engagement de son personnel. Il a par ailleurs estimé qu'au vu de son taux de subventionnement à hauteur de 98,3 %, la B. _____ n'encourait aucun risque d'exploitation. B. Par acte de son mandataire du 18 mai 2021, la Fondation B. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme en ce sens que la demande d'introduction de mesures de RHT formée par préavis du 20 mars 2020 soit admise et à ce que la Caisse cantonale de chômage soit condamnée à lui octroyer des indemnités RHT du 20 mars au 7 juin 2020, à hauteur de 116'250 fr. 35 pour le mois de mars 2020, de 216'121 fr. 95 pour le mois d'avril 2020, de 171'554 fr. 25 pour le mois de mai 2020 et de 91'085 fr. 55 pour le mois de juin 2020. Elle a conclu subsidiairement à l'annulation de la décision entreprise et

au renvoi de la cause à l'intimé pour nouvelle décision. Elle a, d'une part, fait valoir qu'elle remplissait les conditions d'octroi de l'indemnité RHT à des fournisseurs de prestations publiques, étant exposée à un risque d'exploitation et à un risque immédiat et concret de suppression d'emplois. Elle a, d'autre part, soutenu que les art. 32 al. 3 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) et 51 OACI ne soumettaient pas l'octroi de l'indemnité RHT à la condition que la perte de travail soit susceptible de mettre l'existence de l'entreprise en danger. Dans sa réponse du 10 juin 2021, le SDE a conclu au rejet du recours. Dans sa réplique du 2 juillet 2021, la B. _____ a réitéré les arguments de son recours et précisé qu'en se référant au taux de subventionnement, l'autorité intimée procédait à une appréciation abstraite et a posteriori de la situation. Par duplique du 27 juillet 2021, le SDE a précisé que l'existence d'un risque de disparition d'emplois était un critère central à l'octroi d'une indemnité RHT, se référant à l'art. 31 al. 1 let. d LACI, et que les directives du SECO se limitaient à apporter des précisions supplémentaires à cette condition pour les entreprises subventionnées. Les règles habituelles de la RHT s'appliquaient aussi aux cas de rigueur et donc également dans le cadre de la pandémie. Dans ses déterminations du 20 août 2021, la recourante a maintenu sa position. E n d r o i t : 1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours 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 20 mars 2020. 3. a) En vertu de 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 s'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou s'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), si la perte de travail doit être prise en considération (let. b), si le congé n'a pas été donné (let. c), et si la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d). b) L'art. 32 al. 1 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. Invité à légiférer sur les cas de rigueur (art. 32 al. 3 LACI), le Conseil fédéral a édicté l'art. 51 OACI, qui prévoit à son premier alinéa que 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. c) 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. Au contraire, les tâches qui leur 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. 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. Ce qui est déterminant, conformément à la finalité du régime de la prestation, c'est de savoir si, par l'allocation de l'indemnité en cas de RHT, un licenciement peut être évité (ATF 121 V 362 consid 3a). 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. 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'emploi. Dans ce cas, les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne sont pas remplies. L'exigence d'un risque économique à court ou moyen terme concerne aussi l'entreprise. Cela ressort notamment de l'art. 32 al. 1 let. a LACI, selon lequel la perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et qu'elle est inévitable. A 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). d) Parallèlement aux restrictions imposées pour lutter contre la pandémie de coronavirus, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020 et modifiée à plusieurs reprises, qui a introduit des mesures spécifiques dans le domaine des RHT. Le SECO a rédigé des directives destinées 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 2021/06 du SECO du 19 mars 2021 (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 [assurance-chômage] 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 [autorité cantonale] 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. [...] » 4. Il est clair que les mesures du Conseil fédéral (art. 6 ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus [COVID-19] dans sa version du 21 mars 2020 applicable en l'espèce ; RO 2020 783) ont entraîné la fermeture des lieux d'animation et la diminution des prestations de la B._____. C'est dans ce contexte que la B._____ a sollicité l'octroi d'indemnités RHT sur la base de l'art. 32 al. 3 LACI, s'agissant de mesures prises par les autorités. Le SDE s'est toutefois opposé au versement de telles indemnités à la recourante, au motif qu'elle n'encourait aucun risque d'exploitation et que le risque imminent de disparition d'emplois était peu vraisemblable. 5. La B._____ soutient qu'il n'est pas nécessaire, en vue de l'octroi d'indemnités RHT dans un cas de rigueur, que la perte de travail soit susceptible de mettre l'existence de l'entreprise en danger. a) Elle rappelle que selon l'art. 31 LACI, le droit à l'indemnité RHT dépend de la qualité de travailleur et non du statut de l'employeur. Le statut de l'employeur n'en demeure pas moins un élément déterminant puisque, comme le relève le SDE dans son écriture du 27 juillet 2021, l'existence d'un risque de disparition d'emplois est un critère central à l'octroi des indemnités RHT. En effet, l'art. 31 al. 1 let. d LACI soumet ce droit au fait que la réduction de l'horaire de travail soit vraisemblablement temporaire et qu'on puisse admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question. Le Tribunal fédéral a expressément mentionné que l'exigence d'un risque économique à court ou moyen terme concerne aussi l'entreprise. En effet, à la différence de l'ancien régime, où les travailleurs touchés par une réduction de l'horaire de travail percevaient des indemnités du fait qu'ils

étaient au chômage partiel, l'entreprise, depuis l'entrée en vigueur de la LACI, est au centre des conditions à remplir pour que la perte de travail résultant de la réduction de l'horaire de travail soit prise en considération (ATF 121 V 362 consid. 3b). b) Selon la B. _____, les art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI ne soumettent pas l'octroi de l'indemnité RHT à la condition que la perte de travail soit susceptible de mettre l'existence de l'entreprise en danger, contrairement à l'art. 31 al. 1 let. a LACI. De ce fait, elle estime que les conditions posées dans la directive du SECO violent le droit fédéral. Selon la jurisprudence, les restrictions de l'art. 33 LACI s'appliquent aussi bien à la prise en compte de la perte de travail pour des raisons économiques qu'en raison d'un état de fait relevant de l'art. 32 al. 3 LACI en relation avec l'art. 51 OACI (ATF 128 V 305 consid. 4b). De manière similaire, rien ne justifie de limiter aux seuls cas de RHT découlant de l'art. 31 al. 1 let. a LACI l'application de la jurisprudence relative au risque de licenciement à brève échéance des employés et au risque propre d'exploitation encouru par l'entreprise, détaillée à l'ATF 121 V 362 en rapport avec les entreprises de droit public. Le Tribunal a d'ailleurs mentionné ne pas voir pour quelle raison cette jurisprudence ne serait pas applicable à une perte de travail en lien avec la pandémie de coronavirus (TF 8C_559/2021 du 20 janvier 2022 consid. 6.1.2). c) La recourante s'est référée au fait que le Conseil fédéral avait notamment étendu le cercle des ayants droit de l'indemnité en cas de RHT aux personnes qui ont un emploi de durée déterminée, dérogeant ainsi à l'art. 33 al. 1 let. e LACI. Elle en a conclu que le fait de subordonner l'octroi de l'indemnité au personnel des services publics au fait qu'un licenciement puisse être évité à brève échéance n'avait par conséquent plus de raison d'être. Elle estimait contraire à l'égalité de traitement, garantie à l'art. 8 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), d'exiger de sa part qu'elle démontre un risque concret et imminent de disparition d'emplois, alors que tel n'était pas nécessaire pour les employés engagés par contrat de durée déterminée. S'il est vrai que le Conseil fédéral a, pour une durée provisoire, élargi le cercle des bénéficiaires des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, il n'a nullement entendu assouplir les conditions matérielles d'octroi de ces indemnités (CASSO ACH 53/21 – 53/2022 du 5 avril 2022 consid. 11a ; CASSO ACH 36/21 – 145/2021 du 28 juillet 2021 consid. 11a). On ne saurait par ailleurs y voir une inégalité de traitement, en l'absence de situations comparables. Le fait de supporter un risque d'exploitation, et de ce fait un risque de disparition d'emplois, concerne l'entreprise en tant que telle, tandis que le statut d'engagement est propre à chaque employé. d) La recourante cite de la doctrine selon laquelle les fermetures d'établissements ordonnées le 17 mars 2020 par les autorités dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, qui ont empêché les employeurs concernés de recevoir la prestation de travail de leurs employés, constituent un cas de force majeure au sens de l'art. 119 al. 1 et 2 CO (code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) et non un cas de demeure de l'employeur selon l'art. 324 CO. Elle considère ainsi que l'employeur n'avait pas l'obligation de verser de salaire aux employés empêchés de fournir leur prestation de travail dans le contexte du COVID-19, ce qui justifie de reconnaître à ces derniers le droit à des indemnités RHT, compte tenu du risque majeur de précarité. La doctrine mentionnée dans l'arrêt TF 4A_291/2008 du 2 décembre 2008 consid. 3.2 tend plutôt à considérer que la force majeure fait partie du risque d'entreprise. Quoi qu'il en soit, même à admettre une impossibilité d'exécuter au sens de l'art. 119 al. 2 CO, cette disposition régit le sort des obligations de chaque partie, mais non la fin du contrat lui-même et par conséquent ne fonde pas encore un licenciement (TF 4C.321/2005 du 27 février 2006 consid. 4.2). Cela ne constitue dès lors pas un risque de disparition d'emplois à court terme. Or le but des

indemnités RHT est d'éviter des licenciements et non de lutter contre des situations précaires des employés. 6. a) Il convient d'examiner si la B. _____ peut se prévaloir d'un droit à des indemnités RHT, plus particulièrement si elle encourt un risque d'exploitation qui pourrait conduire à la suppression d'emplois à court terme. Comme elle le relève à juste titre dans ses écritures, pour trancher le point de savoir si la perte de travail est vraisemblablement temporaire et si les emplois pourront être maintenus, il y a lieu d'apprécier de façon prospective les circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 371 consid. 2a ; TF C 292/03 du 2 novembre 2004 consid. 3.1). b) La B. _____ fait valoir qu'en tant que fondation de droit privé, elle est exposée au risque de faillite et de dissolution en cas d'insolvabilité, et qu'il n'existe aucune garantie de déficit dans la convention de subventionnement 2017-2018, qui a été prolongée jusqu'à fin 2020. Il n'apparaît toutefois pas qu'une dissolution de la fondation était prévisible ou ait été envisagée pendant la période considérée par le préavis. La B. _____ bénéficiait alors des subventions de la commune, qui couvraient l'ensemble des charges salariales (cf. courriel de la B. _____ du 16 avril 2020). Au demeurant, si tel avait été le cas, une dissolution fondée sur l'art. 84a CC (code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), respectivement sur la base de l'art. 10 des statuts, exclut de principe le droit à une indemnité RHT dans la mesure où elle aurait entraîné une perte de travail durable, et non temporaire, de par les licenciements qui s'ensuivraient. c) La B. _____ fait cependant remarquer que la commune de H. _____ peut exiger la restitution de tout ou partie de la subvention notamment lorsque celle-ci n'est pas utilisée conformément à l'affectation prévue. Elle estime ainsi qu'au moment où elle a déposé son préavis, elle n'avait aucune garantie de conserver l'intégralité des subventions reçues en 2020 compte tenu des périodes durant lesquelles elle a été empêchée de réaliser les prestations prévues par la convention de subventionnement. Elle était par conséquent concrètement confrontée à un risque de restitution et, donc, à un risque économique. On peut déduire du chiffre 2.3 de la convention de subventionnement que les coûts de fonctionnement ou d'exploitation sont assumés par la ville de H. _____ (éléments de charge). Les mesures COVID-19 de fermeture d'établissements publics, respectivement de restriction des activités, ne réalisent aucune des conditions de restitution de la subvention telles qu'elles sont stipulées au chiffre 3.2 de la convention de subventionnement et à l'art. 19 de la Directive relative à l'octroi et au suivi des subventions accordées par la ville de H. _____ (ci-après : la Directive). L'impossibilité d'accomplir ses tâches en raison des mesures sanitaires n'est en outre pas imputable à la faute des organes de la recourante. Dans ces circonstances, on ne pouvait estimer qu'il existait un risque concret de restitution des subventions. Quoi qu'il en soit, même dans l'hypothèse d'une restitution, celle-ci ne pouvait être immédiate, respectivement imminente. d) La B. _____ considère que le fait que la convention de subventionnement est conclue pour une durée limitée et renégociée à un rythme pluriannuel démontre le risque d'exploitation qu'elle encourt, étant donné qu'il n'existe pas de droit à l'octroi de la subvention. Au moment où elle a déposé son préavis, la recourante était toutefois au bénéfice d'une convention de subventionnement avec la ville de H. _____, conclue pour les années 2017-2018 et prolongée jusqu'à fin 2020. Une telle convention, régulièrement renouvelée, existait d'ailleurs depuis la création de la fondation en 1995. Celle-ci prévoit explicitement que la fondation est financée par la ville de H. _____ s'agissant de ses charges, notamment l'intégralité des charges salariales. Au vu de l'existence de cette convention au moment du préavis, et de sa prolongation jusqu'à fin 2020, l'octroi des subventions ne faisait dès lors pas de doute durant la période litigieuse,

qui s'étend du 20 mars au 30 juin 2020. e) La B. _____ fait valoir qu'elle ne se trouve pas dans une situation où ses tâches doivent être accomplies indépendamment de la situation économique et où les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou les pertes bénéficient d'une garantie future de couverture par des moyens publics. Que les charges salariales soient couvertes par une subvention publique plutôt qu'une garantie de déficit public n'est pas déterminant ; ce qui l'est, c'est la question de savoir si à l'époque du préavis, les collaborateurs de la fondation étaient ou non exposés à un risque de licenciement à brève échéance en raison des mesures COVID-19. En l'occurrence, l'activité de la fondation est centrée sur des tâches d'intérêt public, avec un mandat conféré par un service public. Elle est essentiellement financée par les moyens publics et ses charges salariales sont intégralement financées par le service public. Ainsi, même si la fondation s'expose à une faillite, car inscrite au registre du commerce, le respect de la convention par les parties, de même que le but d'intérêt public de la fondation, entraînent pour corollaire l'exclusion d'un risque propre d'exploitation. Plus particulièrement, la convention de subventionnement confère diverses missions à la recourante, présumées satisfaire à la politique voulue par la ville de H. _____ en matière d'animation socioculturelle en faveur de sa population. Elle est chargée de développer l'animation socioculturelle dans les centres socioculturels, les maisons de quartier et les terrains d'aventure à H. _____ (cf. préambule de la convention de subventionnement). La municipalité octroie à la B. _____ une subvention globale, recouvrant l'ensemble des éléments de charge en lien avec l'exécution des prestations demandées (ch. 2.2.1 et 2.3 de la convention). Contrairement à ce qu'exprime la convention sous ch. 1.1, le montant et les modalités de versement de « l'indemnité » ne sont pas précisées. Les chiffres 2.3 et suivants ne parlent plus d'indemnité mais de subvention, l'existence d'un financement sous cette forme n'étant par ailleurs pas remis en question. Le montant de la subvention figure d'ailleurs au budget voté par le Conseil communal (art. 10 de la Directive). Dans son courriel du 16 avril 2020, la B. _____ a précisé que son taux de subventions était de 98,3 % et que les subventions couvraient l'intégralité des salaires. Compte tenu de la couverture des charges assurée par des fonds d'origine publique, il n'existait dès lors pas de risque économique. f) La recourante mentionne que la convention de subventionnement ne restreint aucunement sa liberté d'engager ou de licencier du personnel, rappelant que le contrat de ses collaborateurs peut être résilié dans le respect de la CCT ou du code des obligations pour ceux qui ne sont pas soumis à la CCT. Le risque de disparition d'emplois à court terme en cas de perte de travail était donc concret. Il faut en effet constater que les conditions de la CCT pour les collaborateurs qui y sont soumis, respectivement les dispositions du CO, ne comportent pas de clauses limitant le licenciement telles que celles existant dans la fonction publique. En l'absence toutefois de l'existence d'un risque économique, comme vu ci-dessus, le risque de licenciement n'était pas concret. g) La B. _____ a jugé arbitraire pour le SDE de nier un risque imminent de disparition d'emploi en retenant comme argument qu'elle avait dû assurer un retour à la normale de ses prestations après une activité ralentie durant quelques semaines, ce qui avait impliqué l'engagement de son personnel pour en assurer l'exécution. A la date du 21 mars 2020, l'échéance de la fermeture des établissements publics était connue, puisque fixée au 19 avril 2020 (art. 12 al. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19, dans sa teneur en vigueur à partir du 17 mars 2020). Certes, cette échéance a ensuite été repoussée, puis il n'y a pas eu levée pure et simple de la mesure de fermeture, mais l'instauration, dès le 6 juin 2020, d'une limitation du nombre de participants, avec la mise en place d'un plan de protection (art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19, dans sa teneur en vigueur à partir du

6 juin 2020). Il était néanmoins connu que les activités de la recourante allaient nécessairement reprendre à plus ou moins court terme dès l'allègement, respectivement la levée des mesures. Il convient par ailleurs de placer l'argument du SDE dans le contexte du fonctionnement de la B. _____. Comme vu ci-dessus, celle-ci disposait de subventions couvrant l'intégralité des salaires, en vue de fournir des prestations d'animation socioculturelle à H. _____, ce à quoi elle s'était engagée par la convention de subventionnement. Dans ce contexte, un risque de licenciement, quoique possible au vu des dispositions réglementaires et contractuelles applicables, n'était objectivement pas concret, puisque le paiement des salaires était couvert par les subventions et que les activités de la recourante allaient nécessairement reprendre à plus ou moins court terme dès l'allègement, respectivement la levée des mesures 7. a) Le recours doit par conséquent être rejeté. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA). Par ces motifs, la Cour des assurances sociales prononce : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 14 avril 2021 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens. La présidente : La greffière : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : ■ Me Rémy Wyler (pour la B. _____), ■ Service de l'emploi, Instance juridique chômage, - 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). La greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.