

Les conditions posées par la loi et la jurisprudence en vue de l'octroi de l'indemnité en cas de RHT (ATF 121 V 362) sont **les mêmes pour tout employeur**, qu'il s'agisse d'un employeur public ou d'un employeur privé.

L'allocation de l'indemnité en cas de RHT qui a pour finalité d'éviter un licenciement associe le risque économique que court le personnel touché par la réduction de l'horaire de travail de perdre son emploi au risque propre d'exploitation qu'assume l'entreprise concernée. L'indemnité en cas de RHT est une mesure préventive au sens large et doit pouvoir éviter, à brève échéance, un licenciement. Le risque de licenciement doit être imminent.

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. **Cette condition n'est pas 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 risque de fermeture de l'exploitation.

La directive 2020/06 du SECO qui prévoit que le risque de disparition d'emplois constitue une condition essentielle du droit à l'indemnité en cas de RHT ne fait que préciser les principes dégagés par la jurisprudence et repris par la doctrine.

**Auteure : Marlyse Cordonier, avocate à Genève**

**8C\_558/2021** : Recours contre l'arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 17 juin 2021 (A/1776/2020 ATAS/675/2021).

#### Faits :

##### A.

**A.a.** L'Association A. (ci-après: l'association) est une association sans but lucratif avec siège à Genève. Elle a pour but d'accueillir des enfants en âge préscolaire et gère à cette fin six structures d'accueil. Ses ressources proviennent des pensions versées par les parents des enfants, de subventions publiques et privées, des cotisations de ses membres, de dons, legs et autres affectations en espèces ou en nature, des revenus de sa fortune sociale ainsi que des produits de collectes et de ventes et recettes diverses.

Ensuite des mesures officielles prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus par le Conseil fédéral et le Conseil d'État genevois, l'association a été contrainte de fermer ses structures d'accueil dès le 16 mars 2020, tout en ménageant un service d'accueil minimum.

**A.b.** Le 1<sup>er</sup> avril 2020, l'association a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour l'ensemble de ses employés, à savoir 176 personnes, en estimant la perte de travail à 80 %.

**A.c.** Par décision du 15 avril 2020, confirmée sur opposition le 22 mai 2020, l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, au motif que l'association était au bénéfice d'une subvention de la Ville de Genève (ci-après: la Ville) et qu'elle n'assumait dès lors pas de risque entrepreneurial ou de faillite, les pertes résultant de son activité étant couvertes par

des moyens publics au sens de la directive 2020/06 du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) du 9 avril 2020.

**A.d.** Par décisions du 14 septembre 2020, l'État de Genève a donné une suite favorable à toutes les demandes d'indemnités de l'association pour pertes liées au COVID-19, en octroyant un montant total de 491'173 fr. - compensant l'entier de la perte sur écolage - à cinq de ses structures d'accueil.

**B.**

Par arrêt du 17 juin 2021, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève a rejeté le recours formé par l'association contre la décision sur opposition du 22 mai 2020.

**C.**

L'association interjette un recours en matière de droit public contre cet arrêt, en concluant à sa réforme en ce sens que l'indemnité en cas de RHT lui soit allouée.

L'intimé conclut au rejet du recours. Le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse, appelé en cause en procédure cantonale, a indiqué ne pas avoir d'observation spécifique à formuler. Le SECO, également appelé en cause en procédure cantonale, a renoncé à se déterminer. La recourante a répliqué.

**Considérant en droit :**

**1.**

Le recours est dirigé contre un jugement final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

**2.**

**2.1.** Le litige porte sur le point de savoir si la juridiction cantonale a violé le droit fédéral en confirmant le refus de l'intimé d'octroyer à la recourante l'indemnité en cas de RHT.

**2.2.** Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, fonde son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 145 V 188 consid. 2) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF). Si le recourant entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente, il doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées et la correction du vice susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF); à défaut, un état de fait divergent de celui de la décision attaquée ne peut pas être pris en compte (ATF 145 V 188 consid. 2 précité; 135 II 313 consid. 5.2.2).

**2.3.** Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, il n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), on ne peut pas invoquer la violation du droit cantonal ou communal en tant que tel devant le Tribunal fédéral (art. 95 LTF a contrario). En revanche, il est

toujours possible de faire valoir que sa mauvaise application constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 138 I 143 consid. 2). Appelé à revoir l'application ou l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain (ATF 139 I 57 consid. 5.2).

### **3.**

**3.1.** Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération, si 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 (art. 31 al. 1 let. b et d LACI [RS 837.0]). 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 (art. 32 al. 1 let. a LACI). 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 (art. 32 al. 3, première phrase, LACI). Le Conseil fédéral a ainsi notamment prévu à l'art. 51 OACI (RS 837.02) 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 (al. 1).

**3.2.** 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 20 mai 2020, le Conseil fédéral a en outre adopté l'Ordonnance sur l'atténuation des conséquences économiques des mesures destinées à lutter contre le coronavirus sur l'accueil extra-familial institutionnel pour enfants (Ordonnance COVID-19 accueil extra-familial pour enfants; RS 862.1), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020 et abrogée le 17 septembre 2020.

### **3.3.**

**3.3.1.** Selon la jurisprudence, l'indemnité en cas de RHT est une mesure préventive au sens large: l'allocation de cette indemnité a pour but d'éviter le chômage complet des travailleurs - soit leurs congés ou leurs licenciements - d'une part et, d'autre part, de maintenir simultanément les emplois dans l'intérêt des employeurs aussi bien que des travailleurs. Or en règle générale, les conditions précitées 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, ainsi que cela est le cas dans les communautés ou établissements publics d'une certaine importance. En revanche, compte tenu des formes multiples de l'action étatique, on ne saurait de

prime abord exclure que, dans un cas concret, 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 en cas de RHT, un licenciement peut être évité (ATF 121 V 362 consid. 3a et les références).

**3.3.2.** 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 précité consid. 3b et les références).

### **3.4.**

**3.4.1.** Dans le canton de Genève, la politique de la petite enfance était réservée aux communes jusqu'à l'entrée en vigueur, le 10 janvier 2004, de la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour (LSAPE; RS/GE J 29). Selon cette loi, le canton subventionnait la création de nouvelles places d'accueil et le fonctionnement de structures existantes (art. 3 al. 2); les communes assuraient quant à elles le financement des places d'accueil après déduction de la participation des parents, des subventions cantonales ainsi que des éventuelles autres recettes (art. 4 al. 2). Les subventions octroyées par le canton ont été supprimées avec effet au 12 février 2008 et l'art. 4 al. 2 LSAPE a été modifié en ce sens que les communes assuraient le financement des places d'accueil après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes.

Avec l'adoption de la nouvelle Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE; RS 131.234), les subventions cantonales ont été réintroduites. A teneur de l'art. 202 Cst-GE, les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil de jour (al. 1); le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (al. 2). Ce cadre général a été précisé dans la loi sur l'accueil préscolaire du 12 septembre 2019 (LAPr; RS/GE J 6 28), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, qui a abrogé la LSAPE. L'art. 8 LAPr prévoit que les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil préscolaire qu'elles exploitent ou subventionnent (al. 1); elles en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents, du canton et des autres recettes (al. 2). Selon l'art. 9 al. 1 LAPr, le canton participe au financement de l'exploitation des structures d'accueil préscolaire à prestations élargies et des structures de coordination de l'accueil familial de jour subventionnées ou exploitées par les communes.

**3.4.2.** Sur le plan communal, le Conseil administratif de la Ville de Genève a adopté, le 20 avril 2016, le règlement relatif à l'accueil préscolaire en Ville de Genève et aux conditions d'octroi des subventions aux structures d'accueil (LC 21 551; ci-après: le règlement). S'agissant des conditions de subventionnement, l'art. 14 du règlement prévoit que les structures d'accueil sont organisées sous la forme de personnes morales de droit privé ou de droit public (al. 1); elles doivent respecter les conditions posées par la loi cantonale concernant l'attribution de subventions aux institutions recevant des enfants d'âge préscolaire (LASIEP; RS/GE J 6 30) et son règlement d'application (RASIEP; RS/GE J 6 30.01) (al. 3); elles doivent avoir signé avec la Ville de Genève un contrat de prestations qui définit les obligations devant être remplies pour assurer la qualité requise et les exigences de la Ville de Genève en matière d'accueil d'enfants en âge préscolaire et d'usage de la subvention (al. 4). A teneur de l'art. 21 al. 1 du règlement, il n'existe aucun droit à recevoir une subvention (première phrase); les décisions en matière d'octroi de subvention ne font pas l'objet d'un recours (seconde phrase). Selon l'art. 21 al. 2 du règlement, une subvention peut être allouée uniquement aux conditions suivantes: a) un contrat de prestations, au sens de l'art. 14 al. 4, a été signé avec la Ville; b) le montant est disponible dans le budget de la Ville; c) la subvention a fait l'objet d'une décision d'octroi du ou de la magistrat-e délégué-e. Aux termes de l'art. 23 du règlement, la subvention d'exploitation est destinée à couvrir le déficit d'exploitation des structures d'accueil, strictement lié à l'activité d'accueil préscolaire déployée en conformité avec le contrat de prestation (al. 1, première phrase); elle se calcule après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (al. 1, seconde phrase).

Selon l'art. 17 du règlement, le personnel des structures d'accueil est engagé par le comité de l'association ou le conseil de la fondation concernée qui agit en tant qu'employeur (al. 1); le statut du personnel et l'échelle des traitements sont fixés par la CCT signée par les représentants des employeurs et des employés des structures d'accueil (Convention collective de travail du personnel des structures d'accueil de la petite enfance [ci-après: la CCT du personnel]) (al. 2, première phrase). L'art. 18 du règlement précise que les structures d'accueil sollicitent le préavis du SDPE (Service de la petite enfance) avant de procéder à l'engagement et au licenciement de leur personnel (al. 1); le SDPE participe à la procédure de recrutement et préavise l'engagement des cadres des structures d'accueil (al. 2); en cas de non-respect de son préavis, le SDPE n'est pas lié par l'engagement et n'est pas tenu d'en garantir le subventionnement (al. 3).

**3.4.3.** A teneur de l'art. 10 CCT du personnel, les parties signataires de la convention s'engagent d'une part à éviter les suppressions de postes dans la mesure du possible et d'autre part, en cas de suppression de poste inévitable, à tout mettre en oeuvre pour faciliter le réengagement du-de la salarié-e dans un poste similaire dans l'une des institutions de la petite enfance signataires de la CCT; l'employeur peut néanmoins licencier, moyennant un préavis de 4 mois pour la fin d'un mois, tout employé-e dont le poste est supprimé et dont il s'avère impossible de l'affecter à un autre emploi correspondant à ses aptitudes et à ses capacités au sein des institutions de la petite enfance (let. a); l'employé-e licencié-e reçoit une indemnité correspondant à 2 mois de salaire (let. b).

**3.4.4.** La recourante et la Ville ont signé le 26 novembre 2019 un contrat de prestations. Selon l'art. 10 al. 2 de ce contrat de prestations, après acceptation des comptes annuels de l'association, la Ville s'engage à verser à l'association le montant de l'éventuelle perte annuelle comptabilisée. L'art. 8 al. 1 prévoit que les comptes sont remis au plus tard six mois après la date de clôture du dernier exercice. L'art. 13 dispose que la Ville verse à l'association une subvention d'exploitation calculée sur son budget annuel, préalablement approuvé par le SDPE (al. 1); sur demande de l'association et selon

les modalités fixées par le SDPE, la Ville peut verser exceptionnellement des montants supplémentaires (al. 3).

#### **4.**

**4.1.** En l'espèce, la cour cantonale a retenu que la recourante était une association de droit privé, subventionnée à plus de 50 % par la Ville selon le contrat de prestations du 26 novembre 2019 liant les deux parties. En application de l'Ordonnance COVID-19 accueil extra-familial pour enfants (cf. consid. 3.2 supra), l'État de Genève avait, par décisions du 14 septembre 2020, accordé à la recourante un soutien financier couvrant l'entier de sa perte sur écolage subie en raison de la fermeture de ses structures d'accueil à compter du 16 mars 2020. Dès lors que conformément à l'art. 1 al. 3 de l'Ordonnance COVID-19 accueil extra-familial pour enfants, les décisions précitées précisaient que l'indemnisation était subsidiaire à toutes les autres prestations publiques visant à atténuer les conséquences économiques du coronavirus et qu'elles pouvaient être révoquées en tout temps, la recourante disposait toutefois d'un intérêt actuel à recourir contre la décision de l'intimé lui refusant l'indemnité en cas de RHT.

**4.2.** Les juges cantonaux ont ensuite examiné la validité de la directive 2020/06 du SECO, qui indique notamment que le risque de disparition d'emplois constitue une condition essentielle du droit à l'indemnité en cas de RHT et qu'en ce sens, 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 démontrer qu'ils sont confrontés à un risque immédiat de disparition d'emplois malgré les accords existants avec l'institution publique qui les mandate. Relevant que les dispositions légales en matière de RHT ne prévoyaient pas de réglementation particulière concernant les entreprises de droit public et les secteurs privatisés fournissant des prestations sur mandat d'une institution publique, la juridiction cantonale a constaté que cette problématique avait toutefois été abordée par le Tribunal fédéral, en particulier à l'ATF 121 V 362 (cf. consid. 3.3 supra), et que la directive 2020/06 ne faisait que préciser les principes dégagés par la jurisprudence et repris par la doctrine. Il n'y avait dès lors aucune raison de considérer que ladite directive était contraire à la loi, le litige pouvant néanmoins être résolu sans qu'il fût nécessaire de s'y référer.

**4.3.** Retenant que la recourante avait éprouvé une perte de travail due à des mesures prises par les autorités selon les art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (cf. consid. 3.1 supra), les premiers juges ont exposé qu'il convenait de déterminer si la recourante avait droit à 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 publiques étaient généralement exposées.

**4.3.1.** Examinant tout d'abord la question du statut du personnel de la recourante, plus particulièrement celle de la condition d'un risque de licenciement à brève échéance, l'autorité précédente a retenu qu'un éventuel licenciement aurait été prononcé par la recourante en raison de sa situation économique et des pertes qu'elle aurait subies du fait de la fermeture des crèches; que l'on retienne les principes applicables en matière de droit public ou de droit privé, elle aurait ainsi procédé à une suppression de poste. Il s'agissait donc de savoir si un tel licenciement aurait pu intervenir à brève échéance, conformément aux délais de congé prévus par l'art. 335c CO, ou si les dispositions légales ainsi que la CCT du personnel prévoyaient des délais plus longs. Relevant que les rapports de travail entre la recourante et ses employés étaient régis par le droit privé, la cour cantonale a considéré que l'art. 335c CO n'était toutefois pas applicable, dès lors qu'une procédure spéciale en cas de suppression de poste était prévue par l'art. 18 du règlement et l'art. 10 CCT du personnel

(cf. consid. 3.4.2 et 3.4.3 supra). Selon cette procédure, similaire à celle de reclassement existant pour les fonctionnaires, la recourante devait favoriser le réengagement de l'employé dont le poste était supprimé auprès d'une autre structure d'accueil, le licenciement ne pouvant être prononcé qu'en l'absence de réengagement moyennant un délai de congé de quatre mois pour la fin d'un mois, après avoir obtenu le préavis du SDPE. Les points de savoir si les employés de la recourante bénéficiaient d'un statut analogue à celui des fonctionnaires et si la condition du risque de licenciement à brève échéance était remplie pouvaient toutefois rester ouverts, dès lors que la recourante était de toute manière exposée à un risque restreint de fermeture, comme cela ressortait des considérants suivants.

**4.3.2.** Selon les juges cantonaux, il ressortait des dispositions réglementaires et du contrat de prestations du 26 novembre 2019 que la recourante était considérée comme étant d'utilité publique et que la Ville intervenait à plusieurs égards dans son fonctionnement. Aux termes du contrat de prestations, la Ville intervenait également dans son financement, de trois manières différentes: en versant une subvention principale (art. 13 al. 1), en augmentant le cas échéant cette subvention (art. 13 al. 3) et en prenant en charge la perte annuelle comptabilisée après acceptation des comptes annuels (art. 10 al. 2). Procédant à l'interprétation du contrat de prestations, la juridiction cantonale a relevé que du point de vue littéral, la "subvention d'exploitation" versée par la Ville visait à équilibrer les comptes de la recourante entre les recettes et les dépenses afin de lui permettre de fonctionner. La Ville avait prévu tous les mécanismes nécessaires pour couvrir les pertes de la recourante. La perte éprouvée par celle-ci, en raison de la fermeture de ses crèches ensuite des mesures prises par les autorités - qui avaient entraîné une diminution des recettes du fait que des parents ne s'étaient plus acquittés des frais de garde - s'inscrivait dans le cadre de son activité habituelle. L'approbation des comptes avant prise en charge d'une perte supplémentaire visait à s'assurer que ladite perte n'était pas due à une mauvaise affectation des subventions.

**4.4.** Les premiers juges ont enfin rejeté le grief de la recourante tiré d'une violation du principe de l'égalité de traitement. Si certaines structures subventionnées s'étaient vu accorder une indemnité en cas de RHT par l'intimé, il ressortait de la décision sur opposition du 22 mai 2020 que plusieurs décisions d'octroi de l'indemnité avaient été révoquées. Il n'y avait donc pas lieu de considérer que l'intimé allait persévérer dans l'inobservation de la loi.

## **5.**

**5.1.** La recourante reproche tout d'abord à la cour cantonale de s'être fondée sur l'ATF 121 V 362 (cf. consid. 3.3 supra) pour lui refuser l'octroi de l'indemnité en cas de RHT; cette jurisprudence concernerait les entreprises de droit public, de sorte qu'elle ne serait pas applicable à une association de droit privé comme la recourante, et le raisonnement des juges cantonaux constituerait une modification importante de son champ d'application. La recourante fait également grief à l'instance précédente d'avoir "invoqué" la directive 2020/06 du SECO, laquelle préconiserait, en violation du droit fédéral, d'appliquer au secteur privé des principes jurisprudentiels dégagés par le Tribunal fédéral pour le secteur public; par ailleurs, cette directive ne figurerait pas sur le site internet du SECO et il n'existerait aucune directive énonçant les principes sur lesquels se fonde l'arrêt entrepris.

**5.2.** Ces griefs tombent à faux. Si la jurisprudence en question a bien été développée pour déterminer si le personnel des services publics remplissait les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT, elle n'a introduit aucune condition supplémentaire pour les entités publiques par rapport aux entités privées. Les conditions du risque de licenciement à brève échéance des employés ainsi que du risque propre d'exploitation encouru par l'entreprise - qui sont détaillées à l'ATF 121 V 362 en rapport avec

les entreprises de droit public - doivent être remplies par tout employeur, public ou privé, requérant l'indemnité en cas de RHT. La juridiction cantonale était ainsi fondée à se référer à cette jurisprudence pour trancher le litige. Ce faisant, elle n'a, quoi qu'en dise la recourante, nullement fondé sa décision sur la directive 2020/06 du SECO, de sorte que les questions soulevées par la recourante par rapport à cette directive peuvent rester indécises.

## **6.**

**6.1.** La recourante reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir retenu à tort que le droit à l'indemnité en cas de RHT était subordonné, même en droit privé, au risque d'un licenciement imminent; en vertu de l'art. 31 al. 1 let. d LACI, l'indemnité devrait au contraire être refusée lorsque les circonstances font craindre un licenciement imminent.

**6.2.** La jurisprudence à laquelle le tribunal cantonal s'est référé - à juste titre (cf. consid. 5.2 supra) - précise que c'est à brève échéance que le versement de l'indemnité en cas de RHT doit pouvoir éviter un licenciement (cf. consid. 3.3.2 supra). On ne voit donc pas que les juges cantonaux aient violé le droit fédéral, comme le soutient la recourante, en considérant que le risque de licenciement devait être imminent pour que le droit à l'indemnité soit reconnu.

## **7.**

**7.1.** La recourante se plaint en outre du fait que la juridiction cantonale aurait voulu faire une distinction, sans base légale ou réglementaire, entre "les emplois de droit privé qui ne ressemblent pas aux emplois de droit public" et "les emplois de droit privé qui ressemblent aux emplois de droit public". Une telle distinction, qui ouvrirait la porte à une grande insécurité juridique, incomberait au législateur et non au juge. Le Conseil fédéral, compétent pour prévoir des exceptions, se serait abstenu d'agir en ce sens, alors qu'il aurait distingué le droit public du droit privé dans un domaine parallèle en arrêtant que les institutions qui sont exploitées par les pouvoirs publics ne reçoivent pas d'indemnités pour pertes financières au sens de l'Ordonnance COVID-19 accueil extra-familial pour enfants (cf. art. 3 al. 2).

**7.2.** Cette critique est mal fondée. On ne voit pas que les juges cantonaux aient procédé à la distinction décrite par la recourante. Ils se sont limités à examiner le statut du personnel de celle-ci, le risque de licenciement auquel il était exposé et le risque de fermeture encouru par la recourante, à la lumière des conditions posées par la loi et précisées par la jurisprudence. Il ne ressort pas de la motivation de l'arrêt attaqué qu'une catégorie particulière de travailleurs - employés sur la base du droit public ou du droit privé - n'aurait par principe pas droit à l'indemnité en cas de RHT ou se verrait imposer des conditions supplémentaires pour la percevoir. Tel n'est pour le moins pas le cas de la recourante, qui est soumise aux mêmes conditions que l'ensemble des employeurs requérant l'octroi de l'indemnité en cas de RHT.

## **8.**

**8.1.** La recourante reproche encore au tribunal cantonal d'avoir assimilé aux emplois de droit public les emplois de salariés de droit privé bénéficiant d'un droit de réengagement en cas de suppression de poste. Ce raisonnement procéderait d'une conception erronée du droit fédéral, dès lors que le droit au reclassement interne ne serait pas caractéristique du droit administratif. A titre d'exemple, la Convention collective de travail de l'industrie des machines, des équipements électriques et des



métaux obligerait les employeurs à éviter et limiter les licenciements, notamment par des offres de reclassement au sein de l'entreprise ou du groupe, un recyclage interne et externe ciblé ainsi qu'un réengagement préférentiel si des emplois se libèrent (art. 45 al. 2). Or l'industrie des machines aurait largement sollicité et obtenu des indemnités en cas de RHT, sans avoir eu à établir un risque de licenciement à court terme.

**8.2.** Dès lors que des mesures limitant les licenciements - favorisant notamment le reclassement au sein de l'entreprise - existent également dans certains secteurs privés, on peut effectivement se demander si le fait que la CCT du personnel prévoit une procédure de réengagement similaire à celle de reclassement existant pour les fonctionnaires peut faire obstacle au versement de l'indemnité en cas de RHT en faveur de la recourante. La juridiction cantonale a toutefois laissé ouverts les points de savoir si les employés de la recourante avaient un statut analogue à celui des fonctionnaires et si ceux-ci couraient un risque de licenciement à brève échéance (cf. consid. 4.3.1 supra). Ces questions peuvent demeurer indécises, les juges cantonaux ayant retenu à bon droit que la recourante n'était pas exposée à un risque de fermeture (cf. consid. 9 infra).

## **9.**

**9.1.** Se plaignant d'une violation de l'art. 33 al. 1 let. b LACI - aux termes duquel une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi -, la recourante fait grief aux premiers juges d'avoir considéré à tort que sa perte de travail résultait de son activité normale, alors qu'elle a en réalité dû cesser ses activités sur ordre gouvernemental. Elle soutient en outre que l'instance précédente aurait retenu à tort que la perte de travail devait être couverte par la Ville. L'art. 8 LAPr ne saurait être interprété en ce sens que la recourante pourrait renoncer à l'indemnité en cas de RHT ou que l'autorité communale serait tenue d'en payer l'équivalent. L'art. 23 al. 1 du règlement, qui prévoit que la commune verse une subvention qui se calcule après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes, ne signifierait pas que l'autorité communale entendrait se substituer aux prestations de l'assurance-chômage. Enfin, l'interprétation du contrat de prestations du 26 novembre 2019 ne permettrait pas de conclure que la recourante devrait renoncer auxdites prestations.

**9.2.** La cour cantonale a exposé que la recourante avait subi une diminution des recettes en raison de décisions politiques et que cette perte s'inscrivait dans le cadre de son activité habituelle et non dans celui d'activités annexes étrangères à l'accueil préscolaire. Contrairement à ce que laisse entendre la recourante, les juges cantonaux n'en ont toutefois pas conclu que la perte de travail n'était pas à prendre en considération en application de l'art. 33 al. 1 let. b LACI, de sorte que leur raisonnement sur ce point n'apparaît pas critiquable.

Pour le reste, il n'est pas contesté que le contrat de prestations conclu entre la Ville et la recourante garantit à cette dernière le versement d'une subvention d'exploitation (cf. art. 13 al. 1), que des montants supplémentaires peuvent exceptionnellement être versés sur demande de la recourante (cf. art. 13 al. 3) et que la Ville s'engage à verser à la recourante le montant de l'éventuelle perte annuelle comptabilisée (cf. art. 10 al. 2). Compte tenu en particulier de cette garantie de couverture de perte, on ne saurait considérer que la recourante court un risque propre d'exploitation, à savoir un risque économique où son existence même est en jeu (cf. consid. 3.3.2 supra). En outre, dans la mesure où la recourante n'entreprend pas de démontrer en quoi l'interprétation faite par la juridiction cantonale des art. 8 LAPr et 23 al. 1 du règlement serait arbitraire, son argumentation ne répond pas

aux exigences de motivation accrues posées par l'art. 106 al. 2 LTF (cf. consid. 2.3 supra). Au demeurant, on ne voit pas que l'autorité précédente ait interprété ces dispositions en ce sens que la recourante devrait renoncer à l'indemnité en cas de RHT ou que la Ville devrait lui verser son équivalent ou se substituer à l'assureur-chômage.

**10.**

Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté. Les frais judiciaires seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**3.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Département de l'instruction publique, de la culture et du sport, à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

**8C\_559/2021** : Recours contre l'arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 17 juin 2021 (A/2411/2020 ATAS/676/2021).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** La Fondation A. (ci-après: la Fondation) est une fondation de droit public d'intérêt communal avec siège à B. Elle a pour but d'organiser, de gérer et de développer une institution pour la petite enfance comprenant des structures telles que crèche, garderie et jardin d'enfants. Elle gère deux crèches offrant chacune 52 places ainsi qu'une garderie pouvant accueillir 15 enfants. Elle propose également 15 places de crèche en Ville de Genève, grâce à un accord avec celle-ci. Selon ses statuts, ses ressources proviennent des terrains et bâtiments mis à disposition par la Ville de B. (ci-après: la Ville), des subventions de celle-ci, de la Confédération et du canton de Genève, des subsides, dons et legs ainsi que du résultat d'exploitation.

Ensuite des mesures officielles prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus par le Conseil fédéral et le Conseil d'État genevois, la Fondation a été contrainte de fermer ses structures d'accueil dès le 16 mars 2020, tout en ménageant un service d'accueil minimum.

**A.b.** Le 17 mars 2020, la Fondation a déposé un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour la quasi-totalité de ses employés, à savoir 66 personnes sur 67, en estimant la perte de travail à 95 %.

Par décision du 24 mars 2020, l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a partiellement fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT, en considérant que ladite indemnité ne pouvait être versée qu'à compter du 21 mars 2020 vu le délai de préavis de trois jours.

Par décision sur opposition du 15 juin 2020, l'OCE a admis l'opposition du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) contre la décision du 24 mars 2020 et a réformé celle-ci en ce sens qu'il était fait opposition au préavis de RHT déposé par la Fondation. Il a considéré que celle-ci était une entreprise de droit public et qu'elle percevait des subventions à hauteur de 69 %, auxquelles s'ajoutaient les terrains et bâtiments mis à sa disposition par la Ville, de sorte qu'elle n'encourait pas un risque de faillite et de disparition d'emplois. La prise en charge d'un éventuel déficit par la Ville n'était en outre pas exclue.

**B.**

La Fondation a recouru contre la décision sur opposition auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Chambre des assurances sociales). Dans le cadre de l'échange d'écritures, elle a indiqué que la Ville, par l'intermédiaire de son Conseil administratif, avait refusé de donner suite à sa demande de subvention complémentaire pour l'année 2020, d'une part en raison du manque de disponibilité budgétaire, et d'autre part compte tenu de l'absence d'obligation de prise en charge du déficit d'exploitation par la Ville.

Par arrêt du 17 juin 2021, la Chambre des assurances sociales a rejeté le recours de la Fondation.

## **C.**

La Fondation interjette un recours en matière de droit public contre cet arrêt, en concluant à sa réforme dans le sens de la confirmation de la décision de l'OCE du 24 mars 2020. A titre subsidiaire, elle conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'intimé conclut au rejet du recours. La juridiction cantonale a renoncé à se déterminer. Le SECO, appelé en cause en procédure cantonale, a également renoncé à se déterminer. La recourante a répliqué.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

#### **2.**

**2.1.** Le litige porte sur le point de savoir si la juridiction cantonale a violé le droit fédéral en confirmant le refus de l'intimé d'octroyer à la recourante l'indemnité en cas de RHT.

**2.2.** Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, fonde son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 145 V 188 consid. 2) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF). Si le recourant entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente, il doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées et la correction du vice susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF); à défaut, un état de fait divergent de celui de la décision attaquée ne peut pas être pris en compte (ATF 145 V 188 consid. 2 précité; 135 II 313 consid. 5.2.2).

**2.3.** Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, il n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), on ne peut pas invoquer la violation du droit cantonal ou communal en tant que tel devant le Tribunal fédéral (art. 95 LTF a contrario). En revanche, il est toujours possible de faire valoir que sa mauvaise application constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 138 I 143 consid. 2). Appelé à revoir l'application ou l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain (ATF 139 I 57 consid. 5.2).

### 3.

**3.1.** Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération, si 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 (art. 31 al. 1 let. b et d LACI [RS 837.0]). 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 (art. 32 al. 1 let. a LACI). 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 (art. 32 al. 3, première phrase, LACI). Le Conseil fédéral a ainsi notamment prévu à l'art. 51 OACI (RS 837.02) 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 (al. 1).

**3.2.** 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.

### 3.3.

**3.3.1.** Selon la jurisprudence, l'indemnité en cas de RHT est une mesure préventive au sens large: l'allocation de cette indemnité a pour but d'éviter le chômage complet des travailleurs - soit leurs congés ou leurs licenciements - d'une part et, d'autre part, de maintenir simultanément les emplois dans l'intérêt des employeurs aussi bien que des travailleurs. Or en règle générale, les conditions précitées 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, ainsi que cela est le cas dans les communautés ou établissements publics d'une certaine importance. En revanche, compte tenu des formes multiples de l'action étatique, on ne saurait de prime abord exclure que, dans un cas concret, 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 en cas de RHT, un licenciement peut être évité (ATF 121 V 362 consid. 3a et les références).

**3.3.2.** 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 précité consid. 3b et les références).

### **3.4.**

**3.4.1.** Dans le canton de Genève, la politique de la petite enfance était réservée aux communes jusqu'à l'entrée en vigueur, le 10 janvier 2004, de la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour (LSAPE; RS/GE J 29). Selon cette loi, le canton subventionnait la création de nouvelles places d'accueil et le fonctionnement de structures existantes (art. 3 al. 2); les communes assuraient quant à elles le financement des places d'accueil après déduction de la participation des parents, des subventions cantonales ainsi que des éventuelles autres recettes (art. 4 al. 2). Les subventions octroyées par le canton ont été supprimées avec effet au 12 février 2008 et l'art. 4 al. 2 LSAPE a été modifié en ce sens que les communes assuraient le financement des places d'accueil après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes.

Avec l'adoption de la nouvelle Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE; RS 131.234), les subventions cantonales ont été réintroduites. A teneur de l'art. 202 Cst-GE, les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil de jour (al. 1); le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (al. 2). Ce cadre général a été précisé dans la loi sur l'accueil préscolaire du 12 septembre 2019 (LAPr; RS/GE J 6 28), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, qui a abrogé la LSAPE. L'art. 8 LAPr prévoit que les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil préscolaire qu'elles exploitent ou subventionnent (al. 1); elles en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents, du canton et des autres recettes (al. 2); lorsque les communes ou groupements de communes assurent le financement des structures de coordination de l'accueil familial de jour, elles prennent en charge leur éventuel déficit d'exploitation (al. 3). Selon l'art. 9 al. 1 LAPr, le canton participe au financement de l'exploitation des structures d'accueil préscolaire à prestations élargies et des structures de coordination de l'accueil familial de jour subventionnées ou exploitées par les communes.

**3.4.2.** A teneur de l'art. 10 de la Convention collective de travail du personnel des structures d'accueil de la petite enfance (ci-après: la CCT du personnel), applicable à la recourante en sa qualité de membre de la Fédération des institutions petite enfance genevoises suburbaines (FIPEGS), les parties signataires de la convention s'engagent d'une part à éviter les suppressions de postes dans la mesure du possible et d'autre part, en cas de suppression de poste inévitable, à tout mettre en oeuvre pour faciliter le réengagement du-de la salarié-e dans un poste similaire dans l'une des institutions de la petite enfance signataires de la CCT; l'employeur peut néanmoins licencier, moyennant un préavis de 4 mois pour la fin d'un mois, tout employé-e dont le poste est supprimé et dont il s'avère impossible de l'affecter à un autre emploi correspondant à ses aptitudes et à ses capacités au sein des institutions de la petite enfance (let. a); l'employé-e licencié-e reçoit une indemnité correspondant à 2 mois de salaire (let. b).

#### 4.

**4.1.** En l'espèce, les juges cantonaux ont tout d'abord examiné la validité de la directive 2020/06 du SECO, qui indique notamment que le risque de disparition d'emplois constitue une condition essentielle du droit à l'indemnité en cas de RHT et qu'en ce sens, 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 démontrer qu'ils sont confrontés à un risque immédiat de disparition d'emplois malgré les accords existants avec l'institution publique qui les mandate. Relevant que les dispositions légales en matière de RHT ne prévoyaient pas de réglementation particulière concernant les entreprises de droit public et les secteurs privatisés fournissant des prestations sur mandat d'une institution publique, la juridiction cantonale a constaté que cette problématique avait toutefois été abordée par le Tribunal fédéral, en particulier à l'ATF 121 V 362 (cf. consid. 3.3 supra), et que la directive 2020/06 ne faisait que préciser les principes dégagés par la jurisprudence et repris par la doctrine. Il n'y avait dès lors aucune raison de considérer que ladite directive était contraire à la loi, le litige pouvant néanmoins être résolu sans qu'il fût nécessaire de s'y référer.

**4.2.** Retenant que la recourante avait éprouvé une perte de travail due à des mesures prises par les autorités selon les art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (cf. consid. 3.1 supra), les premiers juges ont exposé qu'il convenait de déterminer si elle avait droit à 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 étaient généralement exposées.

**4.2.1.** Examinant tout d'abord la question du statut du personnel de la recourante, plus particulièrement celle de la condition d'un risque de licenciement à brève échéance, l'autorité précédente a retenu qu'un éventuel licenciement aurait été prononcé par la recourante en raison de sa situation économique et des pertes qu'elle aurait subies du fait de la fermeture des crèches; que l'on retienne les principes applicables en matière de droit public ou de droit privé, elle aurait ainsi procédé à une suppression de poste. Il s'agissait donc de savoir si un tel licenciement aurait pu intervenir à brève échéance, conformément aux délais de congé prévus par l'art. 335c CO, ou si les dispositions légales ainsi que la CCT du personnel prévoyaient des délais plus longs. Relevant que les rapports de travail entre la recourante et ses employés étaient régis par le droit privé, la cour cantonale a considéré que l'art. 335c CO n'était toutefois pas applicable, dès lors qu'une procédure spéciale en cas de suppression de poste était prévue par l'art. 10 CCT du personnel (cf. consid. 3.4.2 supra). Selon cette procédure, similaire à celle de reclassement existant pour les fonctionnaires, la recourante devait favoriser le réengagement de l'employé dont le poste était supprimé auprès d'une autre structure d'accueil, le licenciement ne pouvant être prononcé qu'en l'absence de réengagement moyennant un délai de congé de quatre mois pour la fin d'un mois. Les points de savoir si les employés de la recourante bénéficiaient d'un statut analogue à celui des fonctionnaires et si la condition du risque de licenciement à brève échéance était remplie pouvaient toutefois rester ouverts, dès lors que la recourante était de toute manière exposée à un risque restreint de fermeture, comme cela ressortait des considérants suivants.

**4.2.2.** Les juges cantonaux ont exposé que la recourante était une fondation d'utilité publique au sens de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC; RS/GE B 6 05) et qu'en tant que fondation de droit public, elle devait être considérée en application du droit cantonal comme une autorité administrative au sens de l'art. 5 let. e de la loi sur la procédure administrative

du 12 septembre 1985 (LPA; RS/GE E 5 10). Procédant à l'interprétation de l'art. 8 al. 2 LAPr (cf. consid. 3.4.1 supra), la juridiction cantonale a relevé que du point de vue littéral, cette disposition signifiait que les communes ou groupements de communes fournissaient - sans disposer de marge de manoeuvre - les moyens financiers nécessaires pour que les structures d'accueil puissent remplir leur fonction dans les conditions requises par la législation applicable. Les interprétations historique et téléologique conduisaient au même résultat. Le commentaire article par article du projet de loi relatif à la LSAP (cf. consid. 3.4.1 supra) précisait en effet que les communes [devaient] pourvoir aux besoins prépondérants de la population dans les différents modes de garde et qu'elles [devaient] en assurer le financement sous réserve de ce qu'elles recevaient des parents, du canton ou d'autres sources comme par exemple la Confédération. Il résultait en outre des travaux préparatoires concernant la modification de la LSAP que le Conseil d'État genevois avait souhaité introduire une disposition prévoyant que les communes devaient assurer le financement des structures de coordination et prendre en charge l'éventuel déficit d'exploitation résultant de la différence entre les montants payés aux personnes pratiquant l'accueil familial de jour et ce qui était facturé aux parents. Dans le cadre de discussions entre le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) et l'association des communes genevoises, l'obligation des communes de participer au financement des crèches, y compris à celui des déficits, avait également été rappelée. Selon les premiers juges, il ressortait ainsi des travaux préparatoires que le financement des structures d'accueil préscolaire constituait une obligation, tant pour les communes que pour le canton, et que ce financement intervenait, que ce fût dans le cas des crèches ou des mamans de jour, après prise en considération de la participation des parents notamment.

Exposant que l'art. 8 LAPr précisait le financement des structures d'accueil de jour (terme générique) évoqué à l'art. 202 al. 2 Cst-GE (cf. consid. 3.4.1 supra), la cour cantonale a relevé que l'art. 8 al. 1 et 2 LAPr concernait les structures d'accueil préscolaire, notamment les crèches comme la recourante, alors que l'art. 8 al. 3 LAPr concernait l'accueil familial de jour ou en d'autres termes les accueillantes familiales de jour, les mamans de jour et les assistantes de crèche familiale. Selon l'instance précédente, les al. 2 et 3 de l'art. 8 LAPr se recoupaient et prévoyaient que les communes devaient intervenir financièrement afin d'équilibrer les comptes des structures d'accueil, les recettes n'étant pas suffisantes pour couvrir les charges. La notion de déficit d'exploitation n'avait pas été intégrée à l'al. 2 car cet alinéa mentionnait que les communes intervenaient après participation des parents. A l'al. 3, la participation des parents n'était pas mentionnée mais elle était incluse dans la notion de "déficit d'exploitation".

Par conséquent, les communes devaient couvrir le déficit - ordinaire ou extraordinaire - des structures d'accueil qu'elles subventionnaient. Le refus de la Ville d'augmenter la subvention accordée à la recourante ne constituait pas un motif permettant de s'écarter de cette conclusion.

## **5.**

**5.1.** Se plaignant d'une violation de son droit d'être entendue, la recourante reproche à l'intimé de n'avoir cité aucune disposition légale dans sa décision sur opposition du 15 juin 2020 et de s'être basé exclusivement sur la directive 2020/06 du SECO, jamais publiée sur internet ni remise aux justiciables par un autre canal de diffusion ou de publication. La cour cantonale aurait confirmé la décision sur opposition sans examiner ce grief.

**5.2.** Contrairement à ce qu'elle semble soutenir, la recourante n'a pas soulevé de grief tiré d'une violation de son droit d'être entendue de la part de l'intimé en procédure cantonale. Or le Tribunal



fédéral n'entre pas en matière lorsque la partie recourante invoque pour la première fois la violation d'une garantie de procédure (par exemple du droit d'être entendu) qu'elle aurait pu et dû invoquer devant l'autorité précédente en application du principe de la bonne foi (ATF 142 I 155 consid. 4.4.6), de sorte que le grief de la recourante est irrecevable.

## **6.**

La recourante soulève ensuite différents griefs tirés d'une violation du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.).

### **6.1.**

**6.1.1.** Elle soutient d'abord que l'ATF 121 V 362 (cf. consid. 3.3 supra) sur lequel le tribunal cantonal s'est fondé pour lui refuser l'octroi de l'indemnité en cas de RHT ne serait pas applicable au cas d'espèce. Cette jurisprudence concernerait des employés communaux, à savoir des fonctionnaires, alors que les employés de la recourante seraient au bénéfice de contrats de travail de droit privé et ne disposeraient pas d'avantages permettant de les assimiler à des employés de la fonction publique, malgré le libellé de l'art. 10 CCT du personnel (cf. consid. 3.4.2 supra). Par ailleurs, l'ATF 121 V 362 ne se rapporterait pas à une situation sanitaire extraordinaire empêchant tout déplacement des employés dans un poste similaire, comme tel serait le cas en l'espèce. La recourante se plaint également du fait que le litige aurait été tranché à tort sur la base de la directive 2020/06 du SECO, qui serait contraire au but poursuivi par le législateur en tant qu'elle exclurait par principe les entreprises de droit public du droit de percevoir l'indemnité en cas de RHT, sans qu'une telle exclusion ait été prévue par la loi.

**6.1.2.** Ces griefs tombent à faux. Si la jurisprudence en question a bien été développée pour déterminer si le personnel des services publics remplissait les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT, elle n'a introduit aucune condition supplémentaire pour les entités publiques par rapport aux entités privées. Les conditions du risque de licenciement à brève échéance des employés ainsi que du risque propre d'exploitation encouru par l'entreprise - qui sont détaillées à l'ATF 121 V 362 en rapport avec les entreprises de droit public - doivent être remplies par tout employeur, public ou privé, requérant l'indemnité en cas de RHT. On ne voit pas non plus pour quelle raison cette jurisprudence ne serait pas applicable à une perte de travail en lien avec la pandémie de coronavirus. La cour cantonale était ainsi fondée à s'y référer pour trancher le litige. Ce faisant, elle n'a, quoi qu'en dise la recourante, nullement fondé sa décision sur la directive 2020/06 du SECO, de sorte que les questions soulevées par la recourante par rapport à cette directive peuvent rester indécises.

### **6.2.**

**6.2.1.** La recourante soutient ensuite que la condition de l'immédiateté du risque de licenciement posée dans l'arrêt attaqué ne ressortirait pas du libellé des art. 31 ss LACI. Plus particulièrement, l'art. 31 al. 1 let. d LACI ne prévoirait pas que le versement de l'indemnité en cas de RHT doit pouvoir éviter immédiatement un licenciement. En outre, la notion de licenciement immédiat semblerait renvoyer à celle de licenciement avec effet immédiat pour justes motifs de l'art. 337 CO, qui n'aurait pas été visée par le législateur dans le système des indemnités en cas de RHT.

**6.2.2.** Le tribunal cantonal s'est référé à juste titre à l'ATF 121 V 362 (cf. consid. 6.1.2 supra). Cette jurisprudence précise que c'est à brève échéance que le versement de l'indemnité en cas de RHT doit pouvoir éviter un licenciement (cf. consid. 3.3.2 supra). On ne voit donc pas que les premiers juges

aient violé le droit fédéral en considérant que le risque de licenciement devait être imminent - et non immédiat comme le soutient la recourante - pour que le droit à l'indemnité soit reconnu. Ni l'arrêt entrepris ni la jurisprudence précitée ne posent comme condition à l'octroi de l'indemnité en cas de RHT le risque de résiliation immédiate des rapports de travail au sens l'art. 337 CO.

## **7.**

**7.1.** Se plaignant d'une violation du principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), la recourante répète que la directive 2020/06 du SECO excluait les entreprises publiques du cercle des bénéficiaires de l'indemnité en cas de RHT sans motif juridique. En outre, la condition de l'immédiateté du risque de licenciement ne serait pas exigée pour les entreprises privées, celles-ci n'étant pas tenues de justifier l'état de leur trésorerie pour percevoir l'indemnité en question. Cette inégalité de traitement ne reposerait sur aucun motif juridiquement pertinent et aurait des motivations d'ordre politique visant à faire porter la charge de l'indemnisation des entités publiques aux autorités de subventionnement. Selon la recourante, on ne saurait nier le droit à l'indemnité en cas de RHT au motif que l'entreprise requérante - publique ou privée - ne connaîtrait pas un risque de faillite ou de fermeture.

**7.2.** Comme déjà exposé (cf. consid. 6.1.2 supra), les conditions posées par la loi et la jurisprudence en vue de l'octroi de l'indemnité en cas de RHT sont les mêmes pour tout employeur, public ou privé. Il ne ressort pas de l'arrêt entrepris que les entreprises publiques seraient par principe exclues du droit à l'indemnité, ni que la condition du risque de licenciement à brève échéance des employés ne serait pas exigée des entreprises privées. A ce titre, ni la loi ni la jurisprudence n'établissent de distinctions entre entités publiques et privées s'agissant des preuves à fournir pour être indemnisé et rien n'indique que de telles distinctions soient d'usage en pratique. Il ne résulte d'ailleurs pas de l'arrêt attaqué que l'indemnité en cas de RHT aurait été refusée à la recourante en raison de l'état concret de sa trésorerie à la période pour laquelle elle prétend au versement de l'indemnité. Quant à la condition du risque propre d'exploitation encouru par l'entreprise requérante, détaillée à l'ATF 121 V 362, on ne voit pas que la recourante puisse en être exemptée.

## **8.**

La recourante soulève également plusieurs griefs tirés d'une violation des art. 31 et 32 LACI et de l'art. 51 OACI, ainsi que d'une interprétation arbitraire de l'art. 8 LAPr.

### **8.1.**

**8.1.1.** Soutenant que ses employés seraient exposés à un risque de licenciement à brève échéance, elle expose que dans le cas ayant conduit à l'ATF 121 V 362, le délai de congé en cas de suppression de poste était de six mois, et non de quatre mois comme le prévoit l'art. 10 CCT du personnel (cf. consid. 3.4.2 supra). De plus, en raison de la situation sanitaire exceptionnelle qui prévalait au moment des faits et qui touchait toutes les structures d'accueil, il aurait été impossible pour la recourante de réaffecter ses employés dans des postes similaires. Par ailleurs, l'art. 5 al. 1 let. c du personnel prévoirait un délai de congé ordinaire de trois mois dès la troisième année de service, de sorte que le seul mois supplémentaire prévu par l'art. 10 CCT du personnel ne suffirait pas pour considérer le statut des employés de la recourante comme analogue à celui des fonctionnaires.

**8.1.2.** La juridiction cantonale a laissé ouverts les points de savoir si les employés de la recourante avaient un statut analogue à celui des fonctionnaires et si ceux-ci couraient un risque de licenciement

à brève échéance (cf. consid. 4.2.1 supra). Ces questions peuvent demeurer indécises, les juges cantonaux ayant retenu à bon droit que la recourante n'était pas exposée à un risque de fermeture (cf. consid. 8.2 infra).

## **8.2.**

**8.2.1.** Selon la recourante, les premiers juges auraient versé dans l'arbitraire en retenant qu'en application de l'art. 8 al. 2 LAPr (cf. consid. 3.4.1 supra), toutes ses pertes et dépenses d'exploitation étaient couvertes par la Ville, sans égard à leurs sources ni à leurs causes. L'existence d'un financement public de la recourante ne devrait pas empêcher celle-ci de toucher l'indemnité en cas de RHT, le droit fédéral ne conférant pas un caractère subsidiaire à cette indemnité. En outre, la perte subie par la recourante ne serait pas inhérente à l'exploitation de ses structures d'accueil mais consécutive à des décisions des autorités, de sorte que la Ville ne serait pas tenue de l'assumer en vertu de l'art. 8 al. 2 LAPr. Conformément à cette disposition, le financement par les communes serait subsidiaire à celui provenant de la participation des parents, du canton et des autres recettes; il ne constituerait pas une obligation pour les communes. Ce serait également de manière arbitraire que l'autorité précédente a estimé que les al. 2 et 3 de l'art. 8 LAPr se recoupaient; en réalité, la loi cantonale prévoirait la prise en charge d'un éventuel déficit uniquement pour les structures de coordination de l'accueil familial de jour (art. 8 al. 3 LAPr), et non pour les structures d'accueil préscolaire - comme la recourante - visées par l'art. 8 al. 2 LAPr. La LAPr, qui serait incitative, n'imposerait pas à la Ville de combler un éventuel déficit de la recourante afin que celle-ci puisse créer ou sauvegarder des places d'accueil dans une mesure dépassant ce que la Ville est prête à faire. En résumé, l'interprétation de l'art. 8 LAPr ne permettrait pas - sauf à sombrer dans l'arbitraire - de considérer que le législateur cantonal voulait que les communes doivent couvrir la perte due à l'obligation de verser le salaire aux employés lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de travailler ensuite de décisions des autorités fédérales prises dans le cadre d'une crise sanitaire extraordinaire.

**8.2.2.** Quoiqu'en dise la recourante, il ne convient pas de déterminer si l'indemnité en cas de RHT est subsidiaire ou non à d'autres formes d'aide publique, mais uniquement de savoir si la recourante était exposée à un risque économique mettant en jeu son existence en raison des mesures prises par les autorités pour répondre à la pandémie de coronavirus. A cet égard, le chapitre III (financement) de la LAPr précise l'art. 202 Cst-GE, qui prévoit notamment que le canton et les communes ou groupements de communes financent l'exploitation des structures d'accueil de jour après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (al. 2). L'art. 8 al. 2 LAPr notamment précise que les communes ou groupements de communes financent l'exploitation des structures d'accueil préscolaire - dont la définition est donnée à l'art. 3 let. a LAPr - comme la recourante, alors que l'art. 9 al. 1 LAPr se limite à indiquer que le canton participe au financement de l'exploitation des structures d'accueil. Vu le libellé de ces dispositions ainsi que le contenu des travaux parlementaires mentionné dans l'arrêt entrepris (cf. consid. 4.2.2 supra), il n'apparaît pas arbitraire de considérer, comme l'a fait la juridiction cantonale, que les communes ont l'obligation de financer l'exploitation des structures d'accueil préscolaire, dans la mesure où les frais ne sont pas couverts par les autres sources de financement (parents, canton et autres recettes).

L'art. 8 al. 3 LAPr prévoit certes que les communes ou groupements de communes assurant le financement des structures de coordination de l'accueil familial de jour prennent en charge leur éventuel déficit d'exploitation, alors qu'une telle garantie de couverture du déficit n'est pas explicitement mentionnée à l'art. 8 al. 2 LAPr. Il ressort de la motivation des juges cantonaux qu'à leurs yeux, l'obligation de prise en charge du déficit vaut toutefois également pour les structures d'accueil

préscolaire visées par cette dernière disposition. Une telle interprétation apparaît à tout le moins défendable. L'art. 8 al. 1 et 2 LAPr n'impose pas aux communes de financer l'exploitation des structures de coordination de l'accueil familial de jour; conformément à l'art. 8 al. 3 LAPr, si une commune finance toutefois de telles structures, elle doit alors prendre en charge un éventuel déficit. Il n'est pas insoutenable de retenir que si la loi prévoit une obligation pour les communes de prendre en charge le déficit d'entités dont elles ne sont pas tenues de financer l'exploitation, une telle obligation existe aussi envers des entités dont la loi leur impose le financement. On précisera encore qu'aux termes de l'art. 2 let. d LAPr, un des buts de la loi est de régler la répartition du financement de l'accueil préscolaire entre le canton, les communes ou les groupements de communes, les parents et d'autres contributeurs. La volonté du législateur de faire peser les coûts de l'accueil préscolaire sur les finances publiques, déduction faite des contributions parentales, est ainsi clairement exprimée. On ajoutera qu'en contrepartie, la commune dispose d'un large pouvoir de surveillance de la recourante. Selon les statuts de cette dernière, les autorités communales exercent la haute surveillance sur la recourante; en outre, son conseil de fondation est composé de membres du Conseil administratif, du Conseil municipal ou de personnes désignées par les groupes politiques ou par la Conseil administratif (cf. art. 8 et 9 des statuts). Enfin, le fait que la Ville ait brièvement et sans aucune motivation indiqué dans un simple courrier qu'elle n'était pas tenue de prendre en charge le déficit d'exploitation de la recourante ne change rien à l'issue du litige, ledit courrier ne liant au demeurant nullement les autorités judiciaires.

## **9.**

**9.1.** Dans un dernier grief, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé son autonomie communale (art. 50 al. 1 Cst.) en retenant que la Ville devait couvrir le déficit des structures d'accueil qu'elle subventionne. Les communes seraient autonomes en matière de structures d'accueil de la petite enfance et certaines de ces structures ne percevraient aucune subvention.

**9.2.** Selon l'art. 50 al. 1 Cst., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. Une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou partie dans la sphère communale, conférant par là aux autorités municipales une liberté de décision relativement importante. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales (ATF 139 I 169 consid. 6.1 et les arrêts cités).

En l'espèce, les juges cantonaux ont retenu - d'une manière qui échappe à la critique sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire - que les communes avaient l'obligation de prendre en charge l'éventuel déficit des structures d'accueil préscolaire (cf. consid. 8.2.2 supra). On ne voit pas - et la recourante n'explique pas - en quoi une telle obligation de financement, ancrée dans une loi cantonale, violerait l'autonomie communale. Ce dernier grief doit dès lors également être écarté.

## **10.**

Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté. Les frais judiciaires seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**3.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).