

S1 20 208

JUGEMENT DU 9 MARS 2021

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Eve-Marie Dayer-Schmid, présidente ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Véronique Largey, greffière

en la cause

Z_____, recourante, représentée par Maître M_____, avocat,

contre

SERVICE DE L'INDUSTRIE, DU COMMERCE ET DU TRAVAIL (SICT), intimé

(art. 31 à 41 LACI et 51 OACI, art. A1, A2, D36 et D37 du Bulletin LACI RHT du SECO ; conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail)

Faits

A. Z_____ (ci-après : l'Association), de siège à A_____, a été inscrite au registre du commerce le 3 janvier 2003. Son but est d'accueillir toute la journée des enfants en âge préscolaire et scolaire et, à cette fin, de rendre service aux familles et de permettre à ces enfants de s'épanouir dans un milieu familial. Ses ressources sont constituées par les cotisations annuelles des membres, les contributions versées par les parents, les cartes de membres de soutien, les subventions communales, cantonales et fédérales, les dons et legs éventuels, tant en espèce qu'en nature, les produits éventuels de collectes et de ventes ou des recettes diverses.

Une convention entre la Commune de A_____ (ci-après : la Commune) et l'Association, datée du 21 décembre 2001, définit au point 1 les critères d'évaluation permettant à l'Association d'obtenir une subvention communale. Aux termes du point 3 de cette convention, les subventions communales consistent en une subvention fixe correspondant au 30% des charges salariales de la coordinatrice et au 30% des charges salariales du personnel administratif, en une subvention liée au résultat de la structure, couvrant le solde des charges salariales du parent d'accueil ainsi que le solde des frais de fonctionnement et d'infrastructure et ne dépassant pas le découvert de l'exercice et, enfin, en une subvention à l'enfant complétant le versement des parents. Les remarques figurant au point 5 de la convention stipulent en particulier que, sur demande, des acomptes sur le paiement des subventions sont versés mensuellement ou trimestriellement en cours d'année à hauteur de 75% et rappellent que la subvention liée au résultat de la structure ne peut être supérieure au déficit de celle-ci.

Le 28 mars 2020, l'Association a transmis au Service de l'industrie, du commerce et du travail (ci-après : SICT) un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) et annoncé une réduction prévisible de l'horaire de travail de 100% par mois du 16 mars au 30 avril 2020 pour les cinquante-six personnes employées dans le secteur d'exploitation relatif aux parents d'accueil de jour. Dans un courrier séparé de la même date, elle a répondu à différentes questions posées dans le questionnaire. L'Association a notamment indiqué qu'elle s'occupait, sous la surveillance du Service cantonal de la jeunesse, d'offrir des prestations de garde d'enfants lorsque les parents travaillaient, que les salariés accueillaient les enfants dans leur propre domicile, que les activités se déroulaient dans le respect des directives cantonales en la matière, que son fonctionnement était financé par les parents, qu'elle ne réalisait aucun bénéfice, que la perte annuelle était couverte par la Commune et que sa demande était motivée par la

décision officielle de fermer les structures d'accueil ainsi que l'accueil à domicile durant la pandémie. Cet envoi a été reçu par le SICT le 30 mars 2020.

Sur demande du SICT, l'Association a encore précisé, par courriel du 29 avril 2020, que les déficits étaient garantis par la Commune, que les pertes étaient reportées sur l'exercice comptable suivant et qu'une éventuelle décision de cessation d'activité lui revenait. Elle a joint à sa communication ses comptes de pertes et profits pour les années 2018 et 2019. Selon ces comptes, le total des produits était de 1 513 036 fr. 70, dont 669 305 fr. 15 de subventions cantonales et communales, et celui des charges de 1 512 384 fr. 49 pour l'année 2018. L'année suivante, les produits s'élevaient à 1 696 917 fr. 55, dont 755 723 fr. 65 de subventions cantonales et communales, et les charges à 1 680 510 fr. 41.

B. Par décision du 3 juin 2020, le SICT a refusé la demande de l'Association. Il a expliqué que le but de l'indemnité en cas de RHT était de préserver les emplois dans des entreprises où ils risquaient de disparaître en raison d'une évolution économique défavorable, que de nombreuses entreprises de droit public, notamment la Confédération, les cantons et les communes, n'assumaient pas de risque entrepreneurial car elles devaient mener à bien leurs tâches indépendamment de la situation économique, que les problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou même les pertes résultant de l'activité de l'entreprise étaient couverts par des moyens publics tels que des subventions ou d'autres moyens financiers et que de surcroît, était inconcevable l'absence de soutien financier des structures d'accueil durant une baisse temporaire de fréquentation par les communes qui, conformément à l'article 32 de la loi cantonale du 11 mai 2000 en faveur de la jeunesse (LJe, RS/VS 850.4), avaient l'obligation de prendre des mesures utiles pour répondre, par des moyens publics ou privés, au besoin de places d'accueil extra-familial des enfants.

Le 3 juillet 2020, l'Association, représentée par Me M_____, s'est opposée à cette décision. Elle a relevé, en se basant sur une évaluation et une attestation de sa part datant de la veille, que le taux d'occupation de ses structures d'accueil entre le 16 mars et le 8 mai 2020 n'avait pas dépassé 9%, soit 2656 heures au lieu de 30 405 heures, que les salaires convenus avaient toutefois été versés en plein, que le droit à l'indemnité en cas de RHT devait lui être reconnu et qu'à défaut, elle n'aurait d'autre choix que de licencier massivement son personnel voire déposer son bilan. Etaient annexés à cette opposition :

- une communication du chef du Département fédéral de l'intérieur (DFI) aux gouvernements cantonaux, datée du 19 juin 2020, relative aux directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) concernant l'ordonnance « Covid-19 accueil extrafamilial pour enfants » et expliquant que le soutien de la Confédération constituait une aide d'urgence pour les institutions privées dont l'existence était menacée par la perte de revenus et qu'une différenciation entre institutions publiques et privées, telle que retenue dans l'ordonnance, s'appliquait aussi aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, les pouvoirs publics n'ayant pas à compenser les pertes financières d'autres organismes publics.
- un courrier adressé le 2 juillet 2020 par le Département cantonal de l'économie et de la formation aux communes, aux structures d'accueil à la journée et aux associations d'accueil familial de jour, dans lequel il était précisé que le soutien prévu par la Confédération, dans l'ordonnance précitée, devait être considéré comme une aide d'urgence pour les structures privées dont l'existence était menacée par la perte de revenus subie du 17 mars au 17 juin 2020 et dont le déficit n'était pas couvert par les pouvoirs publics et que les structures gérées par un organisme privé, par exemple une association ou une fondation, qui avaient conclu un contrat de subvention avec une commune pouvaient prétendre aux indemnités pour pertes financières, comme cela avait été fait dans l'application des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, pour autant que la structure encourût seule le risque économique et fût menacée de faire faillite.

Dans une décision prise le 10 septembre 2020, le SICT a rejeté l'opposition de l'Association et confirmé sa décision du 3 juin précédent. Citant les rubriques topiques du Bulletin LACI RHT édicté par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), la directive 2020/08 du SECO du 1^{er} juin 2020 ainsi que la jurisprudence en la matière, le SICT a rappelé que la condition essentielle du droit à l'indemnité en cas de RHT était le risque de disparition d'emplois en raison d'une évolution économique défavorable, que ce risque immédiat ne concernait que les entreprises qui finançaient la fourniture de prestations par les revenus ainsi perçus ou au moyen de fonds privés, que, contrairement à ces entreprises privées, les fournisseurs de prestations publiques dont les pertes d'exploitation étaient couvertes par des moyens publics n'étaient en principe pas exposés à un tel risque, qu'ils n'avaient donc pas droit à l'indemnité en cas de RHT pour leurs employés, que l'octroi de cette indemnité auxdits fournisseurs en cas de

suspension temporaire de leurs prestations revenait à répercuter leurs frais de salaires sur le fonds de l'assurance-chômage, sans que le risque de licenciements à court terme par ces entreprises ne fût avéré et que les arguments précités concernaient autant les employeurs publics eux-mêmes, tels que la Confédération, les cantons et les communes, que les entreprises privées fournissant des prestations sur la base d'un accord conclu avec une entité publique. Le SICT a constaté, sur la base du dossier, que les déficits de l'Association étaient garantis par la Commune, que l'opposante ne supportait donc pas de risque entrepreneurial ou de faillite et que ses salariés n'étaient pas exposés à un risque concret et immédiat de licenciement.

C. Le 2 octobre 2020, l'Association a interjeté recours césans contre cette décision sur opposition en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'annulation de ce prononcé ainsi qu'à l'acceptation de sa demande d'indemnité en cas de RHT et, subsidiairement, à l'admission de son recours et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a en outre requis son interrogatoire. La recourante a fait valoir qu'elle était une association indépendante au sens des articles 60 et suivants CC, que selon ses statuts, ses ressources étaient en grande partie privées, même si elle touchait des subventions de la Commune, que le taux d'occupation de ses structures d'accueil avait diminué de 91% entre le 16 mars et le 8 mai 2020 mais que les salaires convenus avaient toutefois été versés en plein. Elle a relevé également que dans leurs communications respectives des 19 juin et 2 juillet 2020, les autorités fédérales et cantonales avaient reconnu le droit à des indemnités pour pertes financières en faveur des institutions d'accueil extra-familial, que l'article 3 de l'ordonnance « Covid-19 accueil extrafamilial pour enfants » excluait les institutions exploitées par les pouvoirs publics du cercle des bénéficiaires de ces indemnités, qu'aux termes du commentaire de cette ordonnance par l'OFAS, étaient exploitées par les pouvoirs publics les institutions dont l'organisme responsable était par exemple une commune, une association de communes ou un canton mais que celles gérées par des organismes privés et recevant toutefois des subventions des pouvoirs publics n'étaient pas concernées. La recourante a conclu que, même si l'ordonnance précitée avait trait à des indemnités pour pertes financières mais non aux indemnités en cas de RHT, les principes et définitions y figurant pouvaient aussi s'appliquer par analogie à celles-ci, que son personnel n'avait pas un statut de fonctionnaire ni un statut analogue le protégeant d'un licenciement ou d'une faillite de l'employeur, que le seul moyen pour elle d'éviter le chômage partiel ou le licenciement des employés dont l'activité avait été momentanément réduite ou suspendue, voire son dépôt de bilan, était de recourir aux indemnités en cas de RHT, que ces prestations n'étaient pas plus onéreuses pour

l'assurance-chômage que les indemnités journalières versées aux travailleurs congédiés, que l'article 32 LJe ne prévoyait pas la prise en charge par les communes des conséquences d'une situation aussi exceptionnelle que celle entraînée par la crise sanitaire actuelle et que celles-ci n'étaient pas en mesure, à elles seules, de compenser les pertes dues à la réduction massive de travail liée à la pandémie.

Dans sa réponse du 15 octobre 2020, le SICT a conclu au maintien de sa décision sur opposition du 10 septembre 2020, à l'argumentation de laquelle il a renvoyé. Il a ajouté ne pas contester que le taux d'occupation des structures d'accueil avait fortement baissé durant la période du 16 mars au 8 mai 2020 ni qu'une partie des ressources de la recourante, association sans but lucratif au sens des articles 60 et suivants CC, était de provenance privée. L'intimé a cependant invoqué que selon les propres indications de la recourante, la perte annuelle de celle-ci était couverte par les communes, que les subventions cantonales et communales représentaient 44.53% des produits de l'Association, que, contrairement aux entreprises qui finançaient la fourniture de prestations par les revenus ainsi perçus ou au moyen de fonds privés, la recourante n'assumait pas de risque entrepreneurial et qu'elle n'était pas exposée à un risque immédiat et concret de disparition d'emplois que l'indemnité en cas de RHT avait justement pour but d'éviter.

En date du 9 novembre 2020, la recourante a répliqué avoir pris bonne note du fait que la forte baisse du taux d'occupation des structures d'accueil du 16 au 8 mai 2020 et la provenance privée de la majeure partie de ses ressources n'étaient pas contestées. Elle en a déduit qu'en sa qualité d'association sans but lucratif au sens des articles 60 et suivants CC, elle assumait effectivement un risque de disparition d'emplois.

L'intimé ayant renoncé, par courrier du 26 novembre 2020, à déposer une duplique, l'échange d'écritures a été clos le 1^{er} décembre 2020.

La réouverture de l'échange d'écritures a été ordonnée le 6 janvier 2021, afin d'interpeller l'intimé au sujet de l'élargissement rétroactif, décidé par le Conseil des Etats le 9 décembre précédent, de l'aide fédérale aux structures d'accueil d'enfants subventionnées par les cantons ou les communes voire exploitées par des pouvoirs publics.

Dans son écriture du 25 janvier 2021, l'intimé a fait remarquer que cette aide fédérale ne concernait pas l'indemnité en cas de RHT relevant de l'assurance-chômage mais un soutien financier d'urgence dispensé par la Confédération, notamment par le biais de crédits Covid-19, et que ce soutien désormais étendu aux institutions d'accueil

extrafamilial publiques ou subventionnées par les pouvoirs publics ne modifiait pas la pratique actuelle relative à l'indemnité en cas de RHT.

Invitée à se prononcer sur cette détermination, la recourante a précisé, dans plusieurs communications toutes datées du 17 février 2021 mais reçues antérieurement puis postérieurement à cette dernière date, qu'elle avait pris acte de la possibilité de bénéficier à titre rétroactif de l'aide fédérale d'urgence, qu'elle maintenait toutefois sa demande d'indemnité en cas de RHT déposée le 28 mars 2020 auprès du SICT, qu'elle remplissait les conditions d'octroi de cette indemnité au vu de la provenance en grande partie privée de ses ressources et malgré l'encaissement de subventions publiques et que dite indemnité était distincte de l'aide fédérale d'urgence dont l'octroi avait été décidé le 9 décembre 2020.

Le 16 février 2021, l'échange d'écritures a été à nouveau clôturé.

Considérant en droit

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI, RS 837.0), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI n'y déroge expressément ;

Le recours contre la décision sur opposition du 10 septembre 2020, daté du 2 octobre suivant, a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a al. 1 LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

2.1 Le droit à l'indemnité en cas de RHT est règlementé aux articles 31 à 41 LACI. L'article 51 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ou ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02) traite plus particulièrement des pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités ou dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur.

La RHT est une diminution temporaire de l'horaire de travail contractuel décidée par l'employeur en accord avec les travailleurs concernés, alors que les contrats de travail sont maintenus. L'indemnité en cas de RHT indemnise de manière appropriée les pertes de travail prises en considération (article A1 du Bulletin LACI RHT). La RHT vise à prévenir le chômage et à maintenir les emplois. Son but sert autant les intérêts des travailleurs que ceux des employeurs, puisqu'elle offre aux entreprises la possibilité de surmonter des fléchissements économiques en conservant leur entière capacité de production (article A2 du Bulletin LACI RHT). En règle générale, les entreprises de droit public ne réunissent pas les conditions donnant droit à l'indemnité en cas de RHT, car elles n'encourent pas de risques d'exploitation à proprement parler. En revanche, compte tenu des multiples formes de l'entreprise étatique, on ne peut d'emblée exclure que les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT puissent être remplies dans le cas particulier pour les employés des services publics (article D36 du Bulletin LACI RHT qui cite l'ATF 121 V 362). Il n'y a pas de droit à l'indemnité en cas de RHT lorsqu'un employeur de droit public n'endosse aucun risque d'exploitation parce qu'il doit remplir son mandat légal indépendamment de la situation conjoncturelle (mandats de prestations) et financière, les dépenses supplémentaires ou les pertes étant couvertes par les fonds publics (article D37 du Bulletin LACI RHT qui cite l'arrêt paru dans la revue DTA 1996/1997 p. 122).

2.2 En l'occurrence, il n'y a guère à ajouter à l'analyse pertinente du cas à laquelle le SICT a procédé dans ses décisions des 3 juin et 10 septembre 2020 ainsi que dans sa réponse du 15 octobre suivant au recours de l'Association. Il n'est effectivement pas contesté que celle-ci est une association de droit privé au sens des articles 60 et suivants CC, que selon ses comptes de pertes et profits, la part de subventions cantonales et communales perçues, qui représente tout de même 44% environ de la totalité des produits, est cependant inférieure aux ressources de provenance privée et que le taux d'occupation de ses structures d'accueil a fortement baissé entre le 16 mars et le 8 mai 2020, alors que les pleins salaires ont semble-t-il été versés durant cette même période. Il n'en reste pas moins que la convention conclue entre elle et la Commune en date du 21 décembre 2001 prévoit, aux points 3 et 5, une subvention liée au résultat de la structure, couvrant le solde des charges salariales du parent d'accueil ainsi que le solde des frais de fonctionnement et d'infrastructure et ne dépassant pas le découvert de l'exercice. L'Association elle-même a du reste indiqué, dans sa lettre explicative du 28 mars 2020 annexée au préavis de RHT de la même date puis dans son courriel du 29 avril 2020, qu'elle s'occupait, sous la surveillance du Service cantonal de la jeunesse, d'offrir des prestations de garde d'enfants lorsque les parents travaillaient, que les

activités se déroulaient dans le respect des directives cantonales en la matière, que son fonctionnement était financé par les parents, qu'elle ne réalisait aucun bénéfice, que les déficits étaient garantis par la Commune et que les pertes annuelles étaient reportées sur l'exercice comptable suivant. C'est donc à juste titre qu'en se référant, dans la décision querellée, à la directive 2020/08 du SECO du 1^{er} juin 2020, le SICT a estimé que l'Association, qui fournissait des prestations sur la base d'un accord conclu avec une entité publique, devait être assimilée à un employeur de droit public au sens de l'article D37 du Bulletin LACI RHT. Un tel employeur n'encourt pas de risque entrepreneurial ou de faillite et ses salariés ne sont pas exposés à un risque concret et immédiat de licenciement, parce qu'il doit remplir son mandat de prestations indépendamment de la situation conjoncturelle et financière et que les dépenses supplémentaires ou les pertes sont couvertes par des fonds publics.

Dans son mémoire du 2 octobre 2020, la recourante a invoqué que l'article 3 de l'ordonnance fédérale « Covid-19 accueil extrafamilial pour enfants » excluait les institutions exploitées par les pouvoirs publics du cercle des bénéficiaires des indemnités pour pertes financières, qu'aux termes du commentaire de cette ordonnance par l'OFAS, étaient exploitées par les pouvoirs publics les institutions dont l'organisme responsable était par exemple une commune, une association de communes ou un canton, que celles gérées par des organismes privés mais recevant des subventions des pouvoirs publics n'étaient pas concernées et que, même si l'ordonnance précitée avait trait à des indemnités pour pertes financières mais non aux indemnités en cas de RHT, les principes et définitions y figurant pouvaient aussi s'appliquer par analogie à celles-ci. Cette assertion n'est pas complète, donc inexacte. Il ressort en effet du courrier adressé le 2 juillet 2020 par le Département cantonal de l'économie et de la formation aux communes, aux structures d'accueil à la journée et aux associations d'accueil familial de jour, produit par l'Association à l'appui de son opposition du 3 juillet 2020, que l'aide fédérale d'urgence concernait les structures privées dont l'existence était menacée par la perte de revenus subie du 17 mars au 17 juin 2020 et dont le déficit n'était pas couvert par les pouvoirs publics et que les structures gérées par un organisme privé, par exemple une association ou une fondation, qui avaient conclu un contrat de subvention avec une commune pouvaient prétendre aux indemnités pour pertes financières, comme cela avait été fait dans l'application des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, pour autant que la structure encourût seule le risque économique et fût menacée de faire faillite. Il a cependant été retenu plus haut que l'Association n'est pas exposée à un tel risque. Lors de l'adoption de l'ordonnance fédérale « Covid-19 accueil extrafamilial », celle-ci n'avait donc pas droit au soutien financier d'urgence qui y était prévu. En

décembre dernier, le Parlement fédéral est revenu sur cette ordonnance et a décidé d'étendre rétroactivement cette aide aux institutions d'accueil extrafamilial publiques ou subventionnées par les pouvoirs publics. L'Association peut ainsi y avoir recours si, comme elle l'a allégué dans son mémoire du 2 octobre 2020, la Commune n'a pas été en mesure de compenser, à elle seule, les pertes dues à la réduction massive de travail liée à la pandémie. Il sied de faire remarquer dans ce contexte que les Chambres fédérales n'ont nullement modifié la directive 2020/08 du SECO du 1^{er} juin 2020 sur laquelle l'intimé s'est notamment fondé pour refuser à la recourante le droit à l'indemnité en cas de RHT. Il n'est pas non plus inutile de relever enfin que, conformément au point 5 de la convention du 21 décembre 2001, l'Association pouvait demander à la Commune des acomptes mensuels de 75% des subventions dues afin de l'aider à payer les salaires entre le 16 mars et le 8 mai 2020, ce qu'elle a probablement dû faire puisqu'elle n'a pas établi au cours de la procédure administrative puis judiciaire avoir été contrainte de procéder à des licenciements ni de cesser ses activités. Au vu de ce qui précède et en application du principe de l'appréciation anticipée des preuves (sur cette notion, voir les arrêts du Tribunal fédéral 8C_172/2012 du 14 mars 2013 consid. 3 et les références, 9C_962/2010 du 1^{er} septembre 2011 consid. 4.1 et 9C_966/2010 du 29 avril 2011 consid. 2.2), il n'y a pas lieu de procéder à l'interrogatoire des parties que l'Association a sollicité dans son recours à titre de moyen de preuve.

Partant, les décisions prises par le SICT les 3 juin et 10 septembre 2020 ne prêtent pas flanc à la critique et doivent être confirmées. Le recours du 2 octobre 2020 est rejeté.

3. Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a aLPGA et 83 LPGA) ni alloué de dépens (art. 61 *i.i.* et let. g *a contrario* LPGA et 91 al. 1 et 3 LPJA).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Sion, le 9 mars 2021