

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 décembre 2021

Composition : Mme DESSAUX, présidente

Mmes Di Ferro Demierre et Pasche, juges

Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

ASSOCIATION A. _____, à [...], recourante, représentée par Me Raphaël Mahaim, avocat, à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance Juridique Chômage, à Lausanne, intimé.

Art. 31 et 32 LACI ; art. 51 OACI ; art. 170 et 171 Cst-VD ; art. 8 et 15 Cst.

E n f a i t :

A. L'Association A._____ (ci-après : l'association ou la recourante), dont le siège est à [...], est une association à but non lucratif, régie par ses statuts du 2 juillet 2015 et par les art. 60 ss CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210). Elle a pour but la célébration du culte musulman, la dispense de cours sur la religion et la langue arabe, la mise à disposition d'informations sur des sujets relatifs à l'islam, ainsi que l'apport d'un soutien moral et/ou financier aux musulmans dans la mesure de ses possibilités. Ses ressources sont constituées par des dons, des legs, les produits de ses activités et par des subventions. Son comité, présidé par B._____, a la compétence d'engager et de licencier des collaborateurs salariés ou bénévoles.

La Fondation C._____ (ci-après : la fondation), dont le siège est également à [...], a pour but de répondre aux besoins culturels, culturels et sociaux des musulmans du district [...]. Son président, B._____, est responsable de la mosquée exploitée par l'association et D._____ en est l'imam.

Par courrier du 14 mars 2020, la fondation a transmis au Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail en faveur de l'Association A._____ pour son unique employé à plein temps, l'imam D._____, en exposant avoir dû fermer la mosquée le 13 mars 2020 en application des décisions du Conseil fédéral liées au COVID-19. Elle détaillait le cahier des charges de l'imam, consistant en la direction des prières quotidiennes et du prêche du vendredi, l'enseignement de cours religieux et d'arabe, l'accompagnement de personnes en difficulté, la médiation en cas de conflits, la célébration de fêtes religieuses et toutes autres tâches en accord avec le comité, en précisant que ces charges ne permettaient pas à l'imam de télétravailler, ni d'être occupé à d'autres tâches, car ses missions impliquaient un contact permanent avec le public.

B. Par courriel du 26 mars 2020, le SDE a octroyé à l'association une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 13 mars au 12 septembre 2020, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies.

Le 28 mai 2020, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO) a formé opposition contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'un éventuel droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail soit examiné et attesté sur la base de documents justifiant la menace imminente d'une perte d'emploi. Il postulait que l'association fournissait des prestations de service public et qu'elle n'endossait aucun risque d'exploitation ou de faillite. Elle bénéficiait de la couverture de ses pertes par des fonds publics, de telle sorte qu'il lui incombait de prouver l'existence d'un risque de perte d'emploi imminent pour le collaborateur concerné.

Faisant suite à une réquisition du 9 juin 2020 du SDE sous forme de questionnaire, l'association a communiqué les renseignements suivants le lendemain :

« [...] 1) Recevez-vous des **subventions** publiques / étatiques ?
Non.

2) De quels organismes recevez-vous des subventions (Confédération, canton, commune, etc.) ? **Aucun.**

3) A quel taux êtes-vous subventionnés ? **0 %**

4) Quelle est la part des subventions publiques par rapport à l'ensemble de vos recettes ? **0 %**

5) Quelles parties des salaires sont couverts par les subventions reçues (en francs et en %) ? **0 %**

6) Combien d'employés sont concernés par les subventions reçues et combien de collaborateurs sont exclus des subventions ? **0 %**

7) Quelle est la perte de travail pour la partie non couverte par les contributions publiques des activités ? **Pas concernés.**

8) Avez-vous une garantie de déficit de la part d'acteurs publics / étatiques ? **Non.**

9) Comment procédez-vous et que se passe-t-il en cas d'année déficitaire, lorsque les charges dépassent les revenus (le déficit est

épongé par qui) ? **Si un déficit existe et qu'aucune solution ne peut être trouvée pour pallier à la situation, la seule possibilité est de malheureusement licencier notre salarié et le mettre au chômage.**

10) Comment procédez-vous et que se passe-t-il en cas d'année bénéficiaire, lorsque les revenus dépassent les charges (le bénéfice est distribué à qui) ? **En cas de bénéfice, il est réinjecté dans nos activités, nos charges et nos projets.**

11) Quelle est la perte de travail effective, compte tenu des moyens actuels pour maintenir une activité (par exemple avec le télétravail) ? **100 % car nos activités se déroulent dans notre centre. Le télétravail ne s'applique hélas pas dans le cadre de nos activités.**

12) Est-ce que le statut du personnel concerné est régi par le droit public ou le Code obligations ? **Code des obligations.**

13) Est-ce que les délais et conditions de licenciement du personnel sont les mêmes que celles du Code des obligations ? Si non, veuillez détailler votre réponse. **Oui.**

14) Assumez-vous un risque entrepreneurial (risque d'exploitation) ou de faillite ? **Pas dans la situation sanitaire actuelle qui est exceptionnelle.**

15) Est-ce que votre association offre des services qui sont directement en contact avec le marché économique ? **Non. Toutes nos activités sont à but non lucratif.**

16) Est-ce que votre association est une entreprise en contact direct avec un marché économique ? Si oui, lequel ? **Non.**

17) Si vous ne deviez pas bénéficier de [l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail], seriez-vous confrontés à un risque immédiat de disparition d'emplois ou les emplois sont-ils au contraire garantis au vu de la mission de votre institution ? **En cas de non-bénéfice de [l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail], nous n'avons pas d'autre choix que de licencier notre employé, faute de moyens financiers.**

18) Si vous êtes confronté à un risque immédiat de licenciement, veuillez préciser les points suivants :

a) quel(s) poste(s) / quelle(s) fonction(s) sont concernés ? **Le poste d'Imam et les activités qui en découlent.**

b) Et dans quel(s) délai(s) ? **1 mois de préavis selon le contrat de travail.**

19) Est-ce que la situation actuelle est en lien avec la rénovation en cours de votre bâtiment ? **Non, pas du tout. L'association ne détient aucun bien immobilier. Cette situation est uniquement liée au COVID et du fait que notre fermeture forcée ne génère plus de sources de revenus de la part de nos donateurs fréquentant le centre.**

20) Afin de respecter votre droit d'être entendu, vous êtes invité à vous déterminer sur l'opposition du SECO et à faire valoir votre point de vue. **N'étant pas une entreprise publique, notre association ne vit que des dons de particuliers qu'elle reçoit et ne perçoit ni subvention ni aucune contribution étatique que ce soit pour ses activités. Par conséquent, l'opposition du SECO ne peut pas être appliquée dans notre cas. De ce fait, nous demandons que l'opposition du SECO soit levée afin de faire valoir notre droit à l'octroi de la réduction de l'horaire de travail pour notre salarié. [...] »**

Par décision sur opposition du 18 juin 2020, le SDE a admis l'opposition du SECO et réformé sa décision du 4 mai 2020, en ce sens qu'il s'est opposé au versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dès le 13 mars 2020. Le SDE considérait que l'association ne pouvait être assimilée à une entreprise avec un but économique ou active sur un marché économique visant la production de biens et de services. Quand bien même elle alléguait un risque de perte d'emploi, les difficultés économiques ne pouvaient pas forcément être toutes soutenues par l'assurance-chômage au travers de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier en l'absence d'activité économique propre. Le SDE relevait que les revenus constitués des dons de particuliers et de la collecte de la grande prière du vendredi, servant à couvrir le salaire de l'imam employé de l'association, ne constituaient pas un revenu d'exploitation.

C. L'Association A._____, représentée par Me Raphaël Mahaim, a déféré la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par mémoire de recours du 19 août 2020. Elle a conclu, principalement, à sa réforme en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lui soit accordée pour la période allant du 13 mars 2020 au 12 septembre 2020, et subsidiairement, à son annulation sous suite de renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants. L'association a fait valoir qu'elle n'est ni une entité de droit public, ni une entreprise privée fournissant des tâches de droit public ou des prestations provenant du service public, que ses ressources proviennent des cotisations de ses membres et des collectes, alors que la fermeture de la mosquée ne fait pas partie des risques normaux d'exploitation dans la

mesure où elle est la conséquence des décisions prises par le Conseil fédéral dans le cadre de la lutte contre la pandémie. Elle a par ailleurs fait grief au SDE d'avoir violé le principe de l'égalité de traitement en lui déniait le droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, alors que d'autres associations également à but idéal, notamment sportives, en bénéficiaient. Elle a également relevé qu'à son avis, la décision litigieuse pouvait constituer une atteinte à la liberté de conscience et de croyance. Enfin, elle a invoqué une violation de l'interdiction du formalisme excessif au motif que le SDE lui avait imposé de documenter l'imminence du risque de licenciement.

Par réponse du 23 octobre 2020, le SDE a conclu au rejet du recours. Se référant à la directive n° 12 du SECO du 27 août 2020 relative aux règles spéciales dues à la pandémie, il a estimé que le but de l'association empêchait son assimilation à une entreprise fabriquant des marchandises ou fournissant des services, qu'elle n'était pas confrontée aux mêmes risques d'exploitation, n'avait pas de revenu d'exploitation et que seules les pertes financières se traduisant par des pertes d'heures travaillées, non démontrées en l'occurrence, ouvraient le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail.

Dans sa réplique du 7 janvier 2021, la recourante s'est référée à la directive n° 15 du SECO du 30 octobre 2020 relative aux règles spéciales dues à la pandémie, laquelle actualisait et remplaçait la directive n° 12. Elle observait que l'interdiction des célébrations religieuses avait fait obstacle à la collecte des fonds nécessaires au financement du salaire de son employé, notamment, et occasionné une perte de travail, de telle sorte que la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail devait être admise. A l'appui de ses conclusions, elle a produit un lot de pièces bancaires attestant de versements qu'elle imputait à la collecte du vendredi.

Par écriture du 5 février 2021, le SDE a maintenu ses conclusions tendant au rejet du recours, sans plus ample motivation.

Le 2 août 2021, la recourante a produit les contrats de travail successifs de D._____, les états financiers de l'association pour les exercices 2019 et 2020, ainsi que le relevé des collectes du vendredi, avec justificatifs bancaires, pour les années 2018 à 2020.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI ; 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) Déposé en temps utile, compte tenu des fêtes judiciaires estivales (cf. art. 38 al. 4, let. b, LPGA sur renvoi de l'art. 60 al. 2 LPGA), auprès du tribunal compétent (cf. art. 93, let. a, LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités pour réduction de l'horaire de travail à compter du 13 mars 2020.

3. a) Aux termes de l'article 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), la perte de travail doit

être prise en considération (art. 32) (let. b), le congé n'a pas été donné (let. c), la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

b) Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a).

4. a) Selon l'article 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b). L'article 32 al. 3 LACI précise que pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur.

b) Selon la doctrine, l'al. 3 de l'art. 32 LACI permet d'accorder l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour des motifs autres qu'économiques, dans certaines situations appelées « cas de rigueur ». Cet alinéa s'écarte ainsi de la logique du système d'indemnisation en cas de réduction de l'horaire de travail qui veut que seules les pertes de travail causées par des motifs économiques puissent être prises en considération (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n°15 ad art. 32 LACI).

c) aa) Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence à l'art. 51 al. 1 OACI. Aux termes de cette disposition, 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.

bb) Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; TFA C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2).

d) Les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail doivent être examinées de façon prospective à la lumière des circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 371 consid. 2a).

5. a) Le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a interdit les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément 100 personnes ou plus, les manifestations de moins de 100 personnes pouvant se dérouler dans le respect des mesures de prévention (art. 6 al. 1 et 2 ordonnance 2 COVID-19 [ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)] ; RS 818.101.24).

b) Le 17 mars 2020, le Conseil fédéral a interdit toutes les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives (art. 6 al. 1 ordonnance 2 COVID-19), les inhumations dans le cercle familial restreint demeurant autorisées (art. 6 al. 3, let. I, ordonnance 2 COVID-19). Dès le 28 mai 2020, les offices religieux, les autres manifestations religieuses et les inhumations ont été autorisés et soumis à une obligation de plan de protection (art. 6 al. 3, let.

k, et 6a al. 1 ordonnance 2 COVID-19 dans sa version en vigueur dès le 28 mai 2020).

c) Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020 et disposant notamment qu'en dérogation aux art. 32 al. 2 et 37, let. b, LACI, aucun délai d'attente n'était déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Aucune modification n'était toutefois apportée aux critères relatifs à la notion de perte de travail à prendre en considération (cf. art. 31 al. 1, let. b, et 32 al. 1 et 3 LACI).

d) A la suite des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus, le SECO a rédigé une directive destinée à préciser les conditions d'octroi des prestations de l'assurance-chômage dans le contexte de la pandémie de COVID-19. Dans la directive n° 8 du 1^{er} juin 2020, applicable au moment des faits litigieux, le SECO a notamment précisé ce qui suit, s'agissant de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail :

« Caractère temporaire de la perte de travail

Même si la pandémie est susceptible de connaître plusieurs vagues successives, il y a lieu de retenir que tant le phénomène que les pertes de travail qui y sont associées sont temporaires.

Pertes de travail à prendre en considération pour motifs économiques

Du fait de sa soudaineté, de son ampleur et de sa gravité, une pandémie n'est pas un risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur, au sens de l'art. 33 al. 1, let. a, LACI même si dans certaines circonstances elle est susceptible de toucher tout employeur. Les pertes de travail résultant d'un recul de la demande de biens et de services pour ce motif peuvent dès lors être prises en considération en application de l'art. 32 al. 1, let. a, LACI. L'indication de la pandémie comme motif suffit.

Pertes de travail dues à des mesures prises par les autorités ou à des circonstances non imputables à l'employeur

Les mesures prises par les autorités en raison de la pandémie sont également à considérer comme des circonstances extraordinaires, de sorte que les pertes de travail occasionnées par de telles mesures entrent dans le cadre de la réglementation spéciale des art.

32 al. 3 LACI et 51 OACI. La référence aux mesures officielles prises par les autorités en rapport avec la pandémie est suffisante. [...] »

6. a) L'opposition du SECO à l'origine de la décision sur opposition litigieuse est fondée sur l'argument selon lequel les prestations fournies par la recourante relèvent du service public, avec pour corollaire que celle-ci n'endosse aucun risque d'exploitation ou de faillite et bénéficie de la couverture de ses pertes par des fonds publics, de telle sorte qu'il lui incombe de prouver l'existence d'un risque de perte d'emploi imminent pour le collaborateur concerné.

De fait, l'Association A._____ offre tant des prestations publiques que des prestations privées et individuelles en faveur des membres de sa communauté, principalement fournies par son imam, D._____. Ce dernier a été engagé par contrat de travail de droit privé depuis le 1^{er} janvier 2013, à raison de 42 heures hebdomadaires à répartir du lundi au dimanche, pour un salaire mensuel de 5'000 francs. Il ressort du compte de pertes et profits de l'exercice 2019, d'une part, que les dons, d'un montant de 77'000 fr., constituent la seule source de revenus de l'association, d'autre part, que les charges de personnel atteignent 75'602 fr. 65, le bénéfice de l'exercice ascendant à 221 fr. 45.

b) L'interdiction des manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives, est une mesure étatique extraordinaire entrant dans le cadre de la réglementation spéciale des art. 32 al. 3 LACI et 51 al. 1 OACI.

c) En matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, la jurisprudence a précisé que les entreprises de droit public ne réunissaient, en règle générale, pas les conditions donnant droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, car elles n'encouraient pas de risques d'exploitation à proprement parler. Compte tenu des multiples formes de l'activité étatique, on ne pouvait cependant d'emblée exclure que, dans un cas concret, le personnel des services publics remplisse les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 362 consid 3a). Cela étant, le droit à

l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'existe pas lorsqu'un employeur de droit public n'endosse aucun risque d'exploitation parce qu'il doit remplir son mandat légal indépendamment de la situation conjoncturelle (mandats de prestations) et financière, les dépenses supplémentaires ou les pertes étant couvertes par les fonds publics (DTA 1996/1997, n° 22, p. 123, consid. 3a ; voir également Bulletin LACI RHT, ch. D 36 et D37).

d) Or, en l'espèce, ni la recourante, ni la fondation ne bénéficient d'un financement public, que ce soit sous forme de subventions, de garantie de déficit ou d'autres moyens financiers. En effet, selon l'art. 170 Cst-VD (Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 ; BLV 101.01), sont reconnues comme institutions de droit public dotées de la personnalité morale l'Eglise évangélique réformée et l'Eglise catholique romaine (al. 1), l'Etat leur assurant les moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission au service de tous dans le canton (al. 2). Si, à sa demande, l'Etat peut reconnaître une communauté religieuse comme institution d'intérêt public (art. 171 Cst-VD), tel n'est à ce jour pas le cas de la communauté religieuse musulmane. Ainsi, la recourante n'est pas une entité de droit public n'endossant aucun risque d'exploitation et le contrat de travail avec son imam ne connaît pas de clauses limitant le licenciement telles qu'existant dans la fonction publique.

e) Cependant, quand bien même le contrat de travail entre la recourante et l'imam autorisait un licenciement pour motif économique, la vocation de l'association et ses obligations à l'égard des membres de sa communauté religieuse, en particulier compte tenu des cérémonies entourant un décès, lesquelles demeuraient autorisées à certaines conditions, faisaient obstacle à une telle mesure. Un licenciement était a priori exclu, au contraire d'une réduction de l'horaire de travail de l'imam, liée en particulier à la suppression du service religieux du vendredi, susceptible d'entraîner à son tour une diminution de revenus.

f) Dans l'hypothèse d'une réduction de l'horaire de travail, la perte de travail à prendre en considération doit être examinée, toujours de

manière prospective, sous l'angle des conditions de l'art. 51 al. 1 OACI, à savoir si la recourante pouvait éviter cette issue en prenant des mesures appropriées et économiquement supportables, la condition alternative de l'engagement de la responsabilité d'un tiers n'entrant pas en considération.

Les revenus de l'association sont issus de dons et de cotisations de ses membres. Or, l'interdiction de manifestations publiques ou privées n'empêchait pas de faire appel aux donateurs par d'autres canaux que la collecte du vendredi ou celle d'autres cérémonies religieuses. La recourante n'allègue au demeurant pas qu'elle aurait été empêchée de mobiliser ses membres par courrier ou téléphone en vue de la soutenir financièrement, ni que ceux-ci auraient sollicité des remboursements ou remises de cotisations en invoquant la pandémie. La recourante ne rend ainsi pas vraisemblable l'impossibilité de prendre des mesures appropriées pour s'assurer à court terme de la perception, nonobstant l'interdiction de manifestations, de revenus lui permettant d'éviter un licenciement de l'imam.

7. a) La recourante invoque encore une violation du principe de l'égalité de traitement au motif que des associations à but idéal, dont des associations sportives, ont été mises au bénéfice des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Elle observe que dans le canton [...], la Fédération [...] a obtenu l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur d'un ou de plusieurs centres musulmans. Elle a produit à l'appui de cet allégué une décision du 8 juin 2020 des organes de l'assurance chômage du canton [...] dont il ressortait que la demande était partiellement admise (« Gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erheben wir teilweise Einspruch »), sous réserve de la réalisation des autres conditions du droit à l'indemnité.

b) Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet

de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141 I 153 consid. 5.1 ; 140 I 77 consid. 5.1 ; 137 V 334 consid. 6.2.1 ; 134 I 23 consid. 9.1).

c) Une association à but idéal peut avoir une vocation politique, religieuse, scientifique, artistique, de bienfaisance, de récréation ou tout autre dès l'instant où elle n'a pas de but économique. Nombreuses sont celles qui déploient régulièrement des activités dégageant des revenus, telles que prestations de services, représentations publiques, compétitions, ventes de produits dérivés, etc., avec parfois des chiffres d'affaires conséquents, et ont un ou des employés. D'autres ont pour seul objectif de se rencontrer entre membres et se financent exclusivement par les cotisations desdits membres. Entre ces deux extrêmes existent quantité d'autres constellations associatives. Compte tenu de la multitude d'activités et de structures de financement que peut revêtir une association à but idéal, il ne peut qu'exister des situations suffisamment différentes pour justifier une décision différente elle aussi, nonobstant la forme juridique commune. En l'occurrence, aucun élément ne permet de soutenir que le fonctionnement ainsi que la structure et les expectatives de financement des associations à but idéal qui auraient été mises au bénéfice des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail seraient identiques à ceux de la recourante au point de justifier de la traiter de même manière sans examen des particularités de chaque cas d'espèce. Au demeurant, celle-ci ne documente pas une éventuelle inégalité de traitement, le contenu succinct et non motivé de la décision rendue à l'égard de Fédération [...] ne permettant en l'occurrence aucune comparaison. Le grief tiré de l'inégalité de traitement doit donc être rejeté.

8. **a)** La recourante invoque également une violation de la liberté de conscience et de croyance, compte tenu du but de l'association, sans exposer plus amplement quelles composantes de cette liberté seraient violées.

b) Selon l'art. 15 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), la liberté de conscience et de croyance est garantie (al. 1) ; toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté (al. 2) ; toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux (al. 3) ; nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux (al. 4).

c) La liberté de conscience et de croyance protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses (pour plus de détails : cf. ATF 142 I 49 consid. 3.2 et 3.3 ; 123 I 296 consid. 2b/aa). Elle confère au citoyen le droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses (ATF 118 Ia 46 consid. 3b). Elle protège toutes les religions, quel que soit le nombre de leurs fidèles en Suisse (ATF 142 I 49 consid. 3.4 ; 139 I 280 consid. 4.1 ; 123 I 296 consid. 2b/aa). Le Tribunal fédéral a admis que la sphère protégée de la liberté de conscience et de croyance des personnes morales de droit privé pouvait être potentiellement atteinte par des questions d'ordre matériel ou d'une modalité d'exercice de la religion ; on parle de liberté religieuse corporative lorsque la personne morale en tant que telle est touchée (ATF 142 I 195 consid. 5.3 et exemples cités) .

d) En l'espèce, le refus du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de l'imam ne porte atteinte à aucun des droits protégés par l'art. 15 Cst. La décision n'empêche en effet pas le libre choix et la pratique de la religion, ni de se forger ses

convictions philosophiques, ni de professer ses convictions, ni de manifester son appartenance religieuse. Elle n'entraîne pas non plus de contrainte religieuse. Il apparaît plutôt en l'occurrence que la violation de la liberté de conscience et de croyance invoquée par la recourante doit être examinée à l'aune du principe de l'interdiction de la discrimination.

9. a) Aux termes de l'art. 8 al. 2 Cst, nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques, ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

b) La titularité de ce droit est en principe réservée aux personnes physiques. Dans des circonstances particulières, il est néanmoins envisageable d'admettre qu'une personne morale poursuivant un but idéal – essentiellement une association ou une corporation de droit public indépendante de l'Etat – se prévale de l'art. 8 al. 2 Cst (Vincent Martenet, in : Martenet – Dubey (éditeurs), Commentaire romand, Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Bâle 2021, n°53 ad art. 8 Cst). L'interdiction de la discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst implique, tout d'abord, que soit en jeu un critère sensible – une caractéristique personnelle en règle générale. Deux hypothèses, celle de la distinction et celle de l'assimilation, sont surtout visées, même si des situations particulières existent. En premier lieu, une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst peut se produire lorsque l'acte ou l'omission en cause opère, vise ou entraîne, à l'aune d'un critère sensible, une distinction explicite ou implicite entre personnes ou groupes de personnes (Vincent Martenet, op. cit., n° 63-64 ad art. 8 Cst).

c) In casu, la décision sur opposition litigieuse n'opère aucune distinction, même implicitement ou indirectement, entre l'association recourante et d'autres associations à but idéal, en raison du critère de la religion. La différence de traitement d'avec d'autres associations à but idéal, telle que résultant de la décision entreprise, réside dans l'existence ou non de facteurs économiques pouvant être à l'origine d'une perte de

travail, respectivement de l'existence d'un risque propre d'exploitation. De tels critères économiques ne sont pas protégés par l'art. 8 Cst.

d) Au demeurant, que ce soit sous l'angle de la liberté de conscience et de croyance ou de l'interdiction de la discrimination, la recourante ne précise pas les éléments sur lesquelles elle se fonde pour soutenir une violation de ces principes constitutionnels.

10. a) La recourante considère excessivement formaliste l'obligation de documenter le risque de licenciement, ce alors que ce risque est le corollaire de la perte d'activité consécutive à la pandémie.

b) Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 142 IV 299 consid. 1.3.2 ; 142 V 152 consid. 4.2 ; 132 I 249 consid. 5).

c) La recourante perd de vue qu'une mesure prise par l'autorité au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, entraînant une chute d'activité, ne suffit pas à elle seule pour ouvrir le droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Il n'existe pas de présomption légale d'une perte d'emploi imminente de par la seule existence d'une telle mesure. De plus, les pertes de travail au sens de cette disposition ne peuvent être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées ou économiquement supportables. L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage n'a par ailleurs pas modifié l'art. 51 al. 1 OACI, partant l'exigence de réduction du dommage. A cela s'ajoute le fait que le SECO a fondé la motivation de son opposition sur l'hypothèse d'un statut de droit public de la recourante. Dans un tel contexte, l'intimé était fondé, sous peine de violer l'obligation d'instruire la cause imposée par l'art. 43 al. 1 LPGA, à adresser un questionnaire à la

recourante, sans que l'on puisse lui reprocher d'avoir fait preuve de formalisme excessif.

11. a) Les conditions de l'octroi d'une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'étant pas remplies, l'assurance-chômage n'est à juste titre pas intervenue dans le cas présent. Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision sur opposition querellée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61, let. a, LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61, let. g, LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 18 juin 2020 par le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Raphaël Mahaim, à Lausanne (pour l'Association A. _____),
- Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne.

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

La greffière :