

200.2022.452.AC

N°

KUQ/EGC

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 26 mai 2023

Droit des assurances sociales

C. Tissot, président
A.-F. Boillat et G. Zürcher, juges
Q. Kurth, greffier

A. _____
représentée par Me B. _____
recourante

contre

Office de l'assurance-chômage du canton de Berne
Service juridique, Lagerhausweg 10, Case postale, 3018 Berne
intimé

relatif à une décision sur opposition rendue par ce dernier le 12 juillet 2022



En fait:

A.

La société A. _____ exploite un restaurant dans le canton de Berne. Par un formulaire daté du 1^{er} novembre 2021 et envoyé le 4 novembre 2021 à l'Office de l'assurance-chômage du canton de Berne (ci-après: l'Office de l'assurance-chômage), la société a requis l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période s'étendant du 1^{er} novembre 2021 au 28 février 2022. Elle y a indiqué que cinq employés, sur un effectif total de neuf personnes, seraient concernés par une réduction de l'horaire de travail de 40 %. Par décision du 8 décembre 2021, l'Office de l'assurance-chômage a partiellement admis la demande, en ce sens que la caisse de chômage pouvait octroyer l'indemnité pour la période du 1^{er} décembre 2021 au 28 février 2022, pour autant que les autres conditions posées à l'octroi de celle-ci soient remplies, l'indemnité pour le mois de novembre 2021 ayant déjà fait l'objet d'une précédente décision du 25 mai 2021. Le 28 février 2022, la société A. _____ a déposé un nouveau préavis de réduction de l'horaire de travail pour la période s'étendant du 1^{er} mars au 1^{er} juillet 2022. Elle demandait également l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour cinq employés sur un effectif total de neuf personnes, en évaluant à 40 % la perte de travail. Dans une décision du 6 avril 2022, l'Office de l'assurance-chômage a reconnu partiellement à la société le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 1^{er} mars au 31 mai 2022, sous réserve des autres conditions posées à l'octroi de cette indemnité et à examiner par la caisse de chômage.

B.

Après avoir procédé à des clarifications concernant les pertes de travail éprouvées postérieurement au 17 février 2022, l'Office de l'assurance-chômage a rendu le 23 mai 2022 deux nouvelles décisions annulant et remplaçant celles des 8 décembre 2021 et 6 avril 2022. Par ces deux décisions du 23 mai 2022, il a confirmé à la société A. _____ un droit à

l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 1^{er} décembre 2021 au 16 février 2022, à nouveau sous réserve des autres conditions posées à l'octroi de cette indemnité et à examiner par la caisse de chômage. L'Office de l'assurance-chômage a nié un tel droit pour les périodes suivantes s'étendant du 17 au 28 février 2022, respectivement du 1^{er} mars au 31 mai 2022, au motif que la société avait violé son obligation de réduire le dommage. Nonobstant les deux oppositions formulées le 21 juin 2022 par la société A._____, l'Office de l'assurance-chômage a confirmé, par décision sur opposition du 12 juillet 2022, les deux décisions précitées.

C.

Par acte du 9 août 2022, la société A._____, représentée par un avocat, porte le litige devant le Tribunal administratif du canton de Berne en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition du 12 juillet 2022 et à ce qu'il soit donné suite aux préavis de réduction de l'horaire de travail des 4 (*recte*: 1^{er}) novembre 2021 et 28 février 2022. Dans sa réponse du 1^{er} septembre 2022, l'intimé conclut pour sa part au rejet du recours. La recourante s'est encore déterminée spontanément par écrit du 15 septembre 2021 (*recte*: 2022) et a remis à cette occasion la note d'honoraires de son mandataire.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 12 juillet 2022 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et rejette les deux oppositions de la recourante du 21 juin 2022. En confirmation des décisions du 23 mai 2022, qui annulent et remplacent celles des 8 décembre 2021 et 6 avril 2022, elle exclut le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 17 au 28 février 2022, ainsi que du

1^{er} mars au 31 mai 2022, le droit à une telle prestation étant en revanche confirmé en faveur des ayants droits de l'intéressée du 1^{er} décembre 2021 au 16 février 2022 (voir ch. 2 et 4 du dispositif de la décision sur opposition attaquée; ATF 119 V 347 c. 1b; SVR 2020 AVS no 9 p. 25 c. 1; RAMA 1998 p. 454 c. 2a). Quant à l'objet du litige, il porte sur l'annulation de cette décision sur opposition. A cet égard, il y a tout d'abord lieu de préciser que le droit à une indemnité pour la période allant du 1^{er} décembre 2021 au 16 février 2022 n'est pas litigieux, la recourante ayant limité le litige en procédure d'opposition aux périodes suivantes, c'est-à-dire du 17 au 28 février 2022 et du 1^{er} mars au 31 mai 2022 (voir ATF 123 V 128 c. 3a, 119 V 347 c. 1b; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 8C_817/2017 du 31 août 2018 c. 3.2, 9C_602/2010 du 21 septembre 2010 c. 2.3; VGE ALV/2022/424 du 7 octobre 2022 c. 1.2; voir également UELI KIESER, *ATSG Kommentar*, 4^e éd. 2020, ad art. 52 n. 51). Ainsi, en tant que la recourante demande à ce qu'il soit donné suite aux préavis de réduction de l'horaire de travail des 4 (*recte*: 1^{er}) novembre 2021 et 28 février 2022, c'est-à-dire en tant qu'elle demande une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les périodes du 1^{er} novembre 2021 au 28 février 2022 et du 1^{er} mars au 1^{er} juillet 2022 (voir c. A ci-dessus), elle formule une conclusion qui est partiellement irrecevable au vu de l'objet de la contestation tel que défini précédemment (sur les questions d'objets de la contestation et du litige: voir notamment ATF 131 V 164 c. 2.1, 125 V 413 c. 1a, 1b et 2a; RUTH HERZOG, in Herzog/Daum [éd.], *Kommentar zum bernischen VRPG*, 2^e éd. 2020, ad art. 72 n. 12 ss et ad art. 74 n. 13 ss). Le présent examen portera donc exclusivement sur les périodes encore litigieuses, en l'occurrence celles du 17 au 28 février 2022, respectivement du 1^{er} mars au 31 mai 2022. Est particulièrement critiqué le point de savoir si la recourante a violé son obligation de diminuer le dommage.

1.2 Pour le surplus, interjeté auprès de l'autorité compétente, dans les formes et le délai prescrits (compte tenu de la suspension des délais; art. 38 al. 4 let. b de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1], par renvoi de l'art. 60 al. 2 LPGA), par une partie disposant de la qualité pour recourir et dûment représentée, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas

d'insolvabilité [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss LPGA, qui s'applique par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

1.3 Selon les indications transmises par la recourante dans les formulaires "demande et décompte d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" (voir notamment dossier [ci-après: dos.] de la caisse de chômage [ci-après: CCh] I, p. 19 à 25, et II, p. 42 à 49), l'indemnité pour les périodes encore en cause est supérieure à Fr. 20'000.-, de sorte que le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

1.4 Le Tribunal examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 Dans un grief qu'il convient d'examiner en premier lieu (ATF 132 V 387 c. 5.1), la recourante, même si elle reconnaît expressément ne pas invoquer un défaut de motivation de la décision sur opposition attaquée (sur l'examen d'office d'une éventuelle violation du droit d'être entendu, voir JTA AI/2020/910 du 12 octobre 2021 c. 4.1), reproche à l'intimé de ne pas avoir pris position sur son argument relatif à une modification des habitudes des consommateurs en raison de la pandémie.

2.2 Les décisions doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties (art. 49 al. 3 LPGA). L'obligation de motiver représente une part importante du droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. Elle doit empêcher que l'autorité se laisse guider par des motifs partiels et permettre le cas échéant aux intéressés de contester la décision

de façon adéquate. Cela n'est possible que si la personne concernée et l'autorité de recours peuvent se faire une idée de la portée de la décision. En ce sens, les réflexions qui ont guidé l'autorité et sur lesquelles se fonde la décision doivent au moins être brièvement mentionnées. Il n'est toutefois pas nécessaire que tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties soient expressément exposés et discutés. Il suffit plutôt que les points importants en vue du jugement figurent dans la décision (ATF 136 I 229 c. 5.2, 124 V 180 c. 1a; SVR 2022 IV n° 37 c. 5.1).

2.3 En l'occurrence, la recourante, dans le cadre de ses deux oppositions du 21 juin 2022 (dos. du service juridique [ci-après: SJ], p. 9 à 14 et 27 à 32), a fait valoir un changement de comportement de sa clientèle lié à la pandémie, afin de démontrer que la réouverture de son restaurant les dimanches conduirait à une perte plus importante que dans l'hypothèse d'une fermeture temporaire. S'il faut convenir avec la recourante que cette argumentation, bien qu'évoquée dans la décision sur opposition querellée (voir p. 4 § 2 de la décision sur opposition), n'a pas été traitée spécifiquement par l'intimé, il n'en demeure pas moins que celui-ci n'est pas dans l'obligation de se prononcer sur tous les griefs soulevés, en particulier sur ceux qui ne lui paraissent pas pertinents, ou n'est pas tenu de le faire de façon expresse et circonstanciée (voir TF 8C_322/2022 du 30 janvier 2023 c. 6.2 et les références). Dans le cas présent, l'intimé a exposé de manière claire les raisons qui l'ont amené à refuser le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Il a expliqué à ce propos que la recourante avait violé son obligation de réduire le dommage, en laissant fermé son établissement les dimanches ensuite de la levée de la presque totalité des mesures de lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) postérieurement au 16 février 2022. Ainsi, cette motivation était suffisante pour permettre à la recourante de discerner les motifs qui ont guidé l'intimé et pour attaquer la décision sur opposition en connaissance de cause. Le point de savoir si l'argument soulevé dans ses oppositions du 21 juin 2022 est pertinent ou non relève du fond. Par conséquent, il ne saurait être question de violation du droit d'être entendu de la recourante.

3.

3.1 Sur le plan temporel, sont en principe applicables – sous réserve d'une règle contraire de droit transitoire – les dispositions en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits ou au moment de l'état de fait ayant des conséquences juridiques (ATF 148 V 162 c. 3.2.1, 144 V 210 c. 4.3.1). Au cas particulier, le droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail litigieux porte sur les périodes successives s'étendant du 17 au 28 février 2022, puis du 1^{er} mars au 31 mai 2022. C'est donc le droit en vigueur à cette époque qui est en principe applicable (voir VGE ALV/2022/551 du 6 février 2023 c. 2.1, ALV/2022/720 du 6 février 2023 c. 2.1).

3.2 Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre que celle-ci permettra de maintenir les emplois en question (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). 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 pour 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 c. 3a).

3.2.1 Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 c. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). La notion de facteurs économiques a toujours été interprétée largement. Une distinction entre des facteurs économiques et des facteurs d'ordre structurel n'a en particulier volontairement jamais été opérée, ce dans

l'optique du but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, consistant à éviter le chômage par le maintien des places de travail. Une telle distinction n'est au demeurant pas prévue par la loi et l'exclusion générale de la prise en considération des pertes de travail dues à des facteurs structurels s'avérerait douteuse d'un point de vue social (ATF 128 V 305 c. 3a; DTA 1996/97 p. 214 c. 3a).

3.2.2 Conformément au principe général du droit des assurances sociales de prévenir et de réduire le dommage (sur cette notion, voir: ATF 129 V 460 c. 4.2; SVR 2020 EL n° 6 c. 7.3.1), l'employeur doit entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter ou réduire les pertes de travail (Bulletin LACI Réduction de l'horaire de travail établi par le Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO; ci-après: Bulletin LACI RHT], dans sa teneur de janvier 2023 [identique à la teneur en vigueur à la date de la décision sur opposition contestée; voir c. 3.5.1 ci-dessous], ch. C3). Le refus de l'indemnité en raison du caractère évitable de la perte de travail doit se fonder sur des motifs suffisamment concrets et indiquer les mesures appropriées que l'employeur a omis de prendre, violant ainsi son obligation de diminuer le dommage. On ne peut notamment pas admettre qu'une perte de travail puisse être évitable par le simple fait que l'employeur aurait pu l'empêcher en congédiant des salariés; le reconnaître reviendrait à vider de sa substance l'institution de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 111 V 379 c. 2a).

3.2.3 Une perte de travail due à des facteurs d'ordre économique n'est néanmoins pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (voir art. 33 al. 1 let. a LACI). Ces risques ne peuvent être fixés selon une échelle valable pour toutes les entreprises; leur détermination doit être propre à chaque cas particulier et se fonder sur les circonstances propres à l'activité de l'entreprise. Les risques normaux d'exploitation concernent les pertes de travail qui, d'expérience, surviennent régulièrement et de manière répétée, de sorte qu'elles sont prévisibles et, dans une certaine mesure, chiffrables (ATF 138 V 333 c. 4.2.2; DTA 2004 p. 127 c. 1.3). Ainsi, selon la jurisprudence, la perte d'un client important (risque considérable) fait aussi partie des risques normaux

d'exploitation (DTA 2011 p. 67 c. 4.4, 2008 p. 158 c. 2.3). Cette réserve ne s'applique pas seulement aux cas de pertes de travail dues à des facteurs d'ordre économique selon l'art. 32 al. 1 LACI, mais aussi aux cas de rigueur conformément aux art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (ATF 138 V 333 c. 4.2.1).

3.3 Les nombreuses mesures ordonnées depuis le 16 mars 2020 par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie de COVID-19 (voir art. 6 s. de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme [Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101]; voir également communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 mars 2020, à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués") ont été pour l'essentiel levées au 17 février 2022, avec un retour à la situation normale à partir du 1^{er} avril 2022 (voir communiqués de presse du Conseil fédéral des 16 février et 30 mars 2022, à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués"). Plus particulièrement, depuis le 17 février 2022, l'obligation de porter un masque facial et les restrictions d'accès dans les établissements de restauration par le biais du certificat COVID (règles dites des 3G, 2G et 2G+; voir art. 6 de l'ordonnance fédérale du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière [ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière; RS 818.101.26], dans ses versions en vigueur du 26 juin 2021 au 16 février 2022 [RO 2021 379; RO 2021 542; RO 2021 813; RO 2021 882; RO 2022 21] et art. 12 ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière, dans ses versions en vigueur du 13 septembre 2021 au 16 février 2022 [RO 2021 542; RO 2021 813; RO 2021 882; RO 2022 21]), ainsi que l'obligation des exploitants d'établissements accessibles au public d'élaborer et mettre en œuvre un plan de protection (voir art. 10 ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière, dans ses versions en vigueur du 26 juin 2021 au 16 février 2022 [RO 2021 379; RO 2021 813; RO 2021 882; RO 2022 21, 29]) ont été supprimées (RO 2022 97). En revanche, l'obligation de porter un masque facial dans les transports publics, les cliniques et établissements médico-sociaux, ainsi qu'une période d'isolement de cinq jours pour les personnes atteintes de la COVID-19 ou ayant contracté le SARS-CoV-2, sont des mesures qui ont été maintenues jusqu'au 31 mars 2022 (voir art. 3 s., 7 s. et 12 al. 1 et 2 de

l'ordonnance fédérale du 16 février 2022 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière [ordonnance COVID-19 situation particulière; RS 818.101.26] dans sa version en vigueur du 17 février au 31 mars 2022 [RO 2022 97]).

3.4 Parallèlement aux mesures précitées imposées pour lutter contre la pandémie de COVID-19, ont également été introduites des mesures spécifiques dans le domaine de la réduction de l'horaire de travail, divergeant partiellement des règles prévues dans la LACI et l'OACI. Ainsi, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance fédérale 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. Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19, RS 818.102). Ces deux actes législatifs ont été modifiés à plusieurs reprises. Aucune modification n'a toutefois été apportée aux critères relatifs à la perte de travail à prendre en considération (voir art. 31 al. 1 let. b et 32 al. 1 et 3 LACI; voir également VGE ALV/2022/424 du 7 octobre 2022 c. 2.2).

3.5

3.5.1 Dans le cadre des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec la pandémie de COVID-19, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a rédigé des directives destinées à préciser les conditions d'octroi des prestations de l'assurance-chômage dans ce contexte. Bien que les directives administratives ne lient en principe pas le juge, celui-ci est néanmoins tenu de les considérer dans son jugement, pour autant qu'elles permettent une interprétation des normes juridiques qui soit adaptée au cas d'espèce et équitable. Ainsi, si les directives administratives constituent une concrétisation convaincante des dispositions légales, le tribunal ne s'en départit pas sans motif pertinent. Dans cette mesure, il tient compte du but de l'administration tendant à garantir une application égale du droit (ATF 148 V 102 c. 4.2; 146 V 224 c. 4.4 et la référence). En principe, il convient de prendre en considération la version qui était à la disposition de l'autorité de décision au

moment où celle-ci statue (et qui a déployé un effet contraignant à son égard); des compléments ultérieurs peuvent éventuellement être pris en compte, notamment s'ils permettent de tirer des conclusions sur une pratique administrative déjà appliquée auparavant (ATF 147 V 278 c. 2.2 et les références; TF 8C_325/2022 du 30 janvier 2023 c. 4.3.1 et les références).

3.5.2 En ce qui concerne l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, la directive 2021/16 du 1^{er} octobre 2021 (en vigueur à la date de la première décision du 8 décembre 2021) prévoyait notamment sous les ch. 2.1, 2.2, 2.3 et 2.5 ce qui suit:

"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." (voir ch. 2.1).

"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. Toutefois, l'employeur doit pouvoir démontrer de manière crédible que les interruptions de travail attendues dans son entreprise sont attribuables à l'apparition de la pandémie. Sur ce point, il ne suffit pas simplement de mentionner la pandémie comme justification." (voir ch. 2.2).

"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." (voir ch. 2.3).

"L'activité doit reprendre normalement dès que cela est possible. Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage. Toutefois, [l]e droit à l'indemnité en cas de RHT peut être maintenu dans cinq situations: [...] (3) L'entreprise doit rester fermée car elle est dans l'impossibilité d'appliquer les mesures d'hygiène et de conduite demandées ou parce que la perte consécutive à une réouverture / à un maintien de l'ouverture serait plus importante que dans le cas d'une fermeture temporaire. Si, en toute objectivité, il est impossible de mettre

en œuvre les mesures d'hygiène et de conduite requises, le travail doit être interrompu. Dans ce cas, l'employeur a droit à l'indemnité en cas de RHT pour les travailleurs concernés, si les autres conditions du droit à l'indemnité sont réalisées. L'entreprise doit montrer de manière admissible que la perte consécutive à une réouverture / à un maintien de l'ouverture serait plus importante que dans le cas d'une fermeture temporaire. Si tel est le cas et que le risque de licenciements ou de fermeture définitive augmente, le droit à l'indemnité en cas de RHT s'applique de la même manière. [...]" (voir ch. 2.5).

Les ch. 2.1, 2.2, 2.3 et 2.5 ont été abrogés par la directive 2021/21 du 17 décembre 2021, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022 (voir directive 2021/21 du 17 décembre 2021, p. 1), elle-même remplacée par la directive 2022/01 du 31 janvier 2022, applicable à partir du 20 décembre 2021 (voir directive 2022/01 du 31 janvier 2022, p. 1). Enfin, la directive 2022/05 du 1^{er} avril 2022 (en vigueur à la date de la seconde décision du 6 avril 2022) ne contenait plus aucune règle en lien avec l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

4.

4.1 Observant que l'essentiel des mesures de lutte contre la pandémie avaient été levées au 17 février 2022, dont l'obligation du port du masque à l'intérieur des restaurants et les restrictions d'accès avec certificat dans ces établissements, l'intimé a relevé que la situation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail était revenue telle qu'elle prévalait avant le début de la pandémie. Il a en outre constaté que la recourante avait renoncé à rouvrir son restaurant les dimanches dès cette date. Il en a conclu que celle-ci n'avait pas fourni tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour réduire le dommage, si bien qu'elle ne pouvait se prévaloir d'une perte de travail extraordinaire durant les périodes litigieuses.

4.2 De son côté, la recourante fait tout d'abord valoir que les habitudes des consommateurs ont changé en raison de la pandémie et ce, en dépit de la levée de la majorité des mesures. Se fondant sur sa comptabilité, elle invoque ensuite la baisse de son chiffre d'affaires intervenue depuis le

début de la pandémie, afin de démontrer que l'ouverture de son établissement les dimanches durant cette période n'avait jamais atteint le seuil de rentabilité, causant ainsi des pertes de façon constante. La recourante estime dès lors avoir réussi à démontrer que la perte de chiffre d'affaires consécutive à une réouverture de son restaurant les dimanches était plus importante que dans le cas d'une fermeture temporaire.

5.

Se pose donc la question de savoir si l'intimé était fondé à refuser le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 17 au 28 février 2022, puis du 1^{er} mars au 31 mai 2022.

5.1 En l'occurrence, il ressort du dossier, et cela n'est remis en cause par aucune des parties, que le restaurant de la recourante était ouvert tous les jours de la semaine, y compris le dimanche, avant la pandémie (voir dos. de l'autorité cantonale [ci-après: ACt], p. 78 à 80). Il n'est pas non plus litigieux entre les parties que la recourante a décidé de restreindre les jours d'ouverture de son établissement du lundi au samedi sans discontinuer, à tout le moins depuis le mois de septembre 2021 (voir art. 10 et 13 du recours et dos. ACt, p. 65 à 71).

5.2 A cet égard, force est tout d'abord de relever, à l'instar de l'intimé, que suite à l'assouplissement et à la suppression de la majorité des mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées au 17 février 2022, dont en particulier le port du masque facial obligatoire et les restrictions d'accès par le biais du certificat COVID dans les restaurants (règles dites des 3G, 2G et 2G+), il n'existait plus aucune mesure de nature à entraver l'activité lucrative de la recourante, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas. En effet, seules persistaient jusqu'au 31 mars 2022, l'obligation de porter un masque facial dans les transports publics et les établissements de santé, ainsi que les mesures d'isolement pour les personnes infectées (voir art. 3 ss et 7 s. ordonnance COVID-19 situation particulière; voir c. 3.3 ci-dessus). Ce constat vaut à plus forte raison que le Conseil fédéral avait déjà auparavant décidé de supprimer, dès le 3 février 2022, en particulier l'obligation de travailler à domicile (redevendue

depuis une recommandation de l'Office fédéral de la santé publique [OFSP] avant d'être abrogée au 17 février 2022; voir communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 février 2022; à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués"), qui était une mesure susceptible d'avoir une influence sur le niveau de fréquentation des établissements de restauration (voir art. 25 al. 5 ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière, dans ses versions en vigueur du 20 décembre 2021 au 2 février 2022 [RO 2021 882; RO 2022 21; RO 2022 59]; voir aussi communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 février 2022; à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués"). Ces mesures restrictives n'étaient d'ailleurs plus considérées depuis le 1^{er} janvier 2022 comme des circonstances extraordinaires, de sorte que les pertes de travail occasionnées par celles-ci n'entraient plus dans le cadre de la réglementation spéciale des art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (voir directive 2021/21 du 17 décembre 2021, ch. 2.3; voir c. 3.5.2 ci-dessus). Quant à la période courant du 1^{er} avril au 31 mai 2022, comme déjà exposé ci-dessus, il y a eu un retour à la normale avec la suppression des dernières restrictions (voir c. 3.3 ci-dessus; voir aussi communiqué de presse du Conseil fédéral du 30 mars 2022; à l'adresse: www.admin.ch, "Documentations", "Communiqués"). Par conséquent, les pertes de travail dont la recourante requiert l'indemnisation pour les périodes successives courant du 17 au 28 février 2022, puis du 1^{er} mars au 31 mai 2022 ne pouvaient donc directement résulter des mesures prises par les autorités selon les art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI et plus généralement de la pandémie de COVID-19 (voir en ce sens: DTA 2022 p. 323 c. 4; VGE ALV/2022/720 du 6 février 2022 c. 4.2, ALV/2022/551 du 6 février 2022 c. 3.2.2 et 4.2.1, ALV/2022/459 du 26 septembre 2022 c. 3.3; voir aussi THOMAS NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung*, in Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3^e éd. 2016, p. 2322 n. 479 s.).

5.3 Comme on vient de le voir, il n'existait plus aucune mesure susceptible de dissuader les clients de fréquenter les établissements de restauration depuis le 17 février 2022. C'est dès lors en vain que la recourante tente de tirer un argument en sa faveur de la modification des habitudes des consommateurs en raison de la pandémie. En effet, le fait

que la recourante ait été exposée à une baisse de fréquentation de son restaurant, avec pour corollaire une baisse de son chiffre d'affaires, reposait à tout le moins depuis la levée de la majorité des mesures sur un changement volontaire des modes de consommation et des habitudes de sa clientèle (voir en ce sens: VGE ALV/2022/459 du 26 septembre 2022 c. 3.3; voir aussi BRAUNSCHEIDT SCHEIDEGGER/DANDRES, *L'indemnité pour réduction de l'horaire de travail à l'épreuve du COVID-19*, in Sylvie Pétremand [éd.], *Assurances sociales et pandémie de Covid-19*, 2021, p. 151 s.; BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 33 n. 15 et les références). S'il est vrai que le chiffre d'affaires de la recourante a diminué depuis la survenance de l'épidémie de COVID-19 (voir le chiffre d'affaires couvrant la période de janvier 2018 à mars 2022; pièce justificative [PJ] du recours du 9 août 2022 [recours], n° 10 s. et dos. ACt, p. 76 s.), il n'en demeure pas moins que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'a pas pour but d'assurer la survie des entreprises, ni de couvrir les pertes de chiffre d'affaires ou d'exploitation, mais de sauvegarder les emplois. Sa raison d'être est d'éviter que le recul temporaire de la demande de biens et de services et les pertes de travail qui en résultent se traduisent à court terme par des licenciements (voir Message du Conseil fédéral concernant la loi COVID-19 du 12 août 2020 [FF 2020 2068, p. 6384], ch. 2.3.8; voir aussi ATF 147 V 359 c. 4.6.3). Ainsi, cette évolution des habitudes des consommateurs, qui impacte certes défavorablement la branche d'activité dans laquelle œuvre la recourante, résulte avant tout des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, de sorte qu'elle ne revêt pas le caractère exceptionnel requis par la loi et la jurisprudence. Ce résultat s'impose d'autant plus que la pandémie n'était plus qualifiée de circonstance exceptionnelle dépassant le cadre du risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur depuis le 1^{er} janvier 2022 (voir directive 2021/21 du 17 décembre 2021, ch. 2.2; voir c. 3.5.2 ci-dessus). Aussi, il convient de préciser que ni l'ordonnance COVID-19 situation particulière, ni l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage n'ont pour vocation d'indemniser les pertes de travail que subirait la recourante après la levée des mesures dans le cadre de la reprise de l'activité économique (voir en ce sens: VGE ALV/2022/459 du 26 septembre 2022 c. 3.2).

5.4 Par ailleurs, ainsi que l'a relevé à raison l'intimé, la recourante n'a pas fourni tous les efforts qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour éviter ou réduire les pertes de travail au regard de la jurisprudence citée plus haut (voir c. 3.2.2 ci-dessus; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral des assurances [TFA] C 218/02 du 22 novembre 2002 c. 2; VGE ALV/2022/424 du 7 octobre 2022 c. 3.3). En effet, dans la mesure où son activité lucrative ne faisait plus l'objet d'aucune restriction depuis le 17 février 2022, elle ne pouvait se contenter de laisser son établissement de restauration fermé les dimanches depuis cette date, eu égard à son devoir de diminuer le dommage, alors que cet établissement était ouvert sept jours sur sept avant la pandémie. A ce propos, les ch. 2.3 et 2.5 de la directive 2020/15 du 30 octobre 2020, auxquels se réfère la recourante pour tenter de démontrer que la réouverture de son restaurant les dimanches conduirait à une perte plus importante que dans l'hypothèse d'une fermeture temporaire, ne lui sont d'aucun secours. D'une part, cette ancienne directive ne s'appliquait pas durant les périodes litigieuses, puisqu'elle était en vigueur, avec effet rétroactif, du 1^{er} mars au 31 décembre 2020 (voir directive 2020/15, p. 1; voir ATF 147 V 278 c. 2.2 et les références; TF 8C_325/2022 du 30 janvier 2023 c. 4.3.1 et les références), puis a été abrogée par la directive 2021/01 du 19 mars 2021, entrée en vigueur le 19 mars 2021 (voir directive 2021/01 du 19 mars 2021, p. 1). D'autre part, les ch. 2.3 et 2.5 de cette directive ont été abrogés par la directive 2022/01 du 31 janvier 2022 qui déployait ses effets depuis le 20 décembre 2021 (voir directive 2022/01 du 31 janvier 2022, p. 1). Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner plus en avant les chiffres avancés par la recourante concernant la rentabilité de son restaurant les dimanches de pandémie (voir PJ recours, n° 9), ce d'autant moins que, comme l'a relevé l'intimé, une comparaison s'avérerait impossible, dans la mesure où le restaurant est resté fermé depuis lors, ce qui n'est d'ailleurs pas réfuté par la recourante. On se bornera à mentionner à ce sujet que ces chiffres ne permettraient de toute manière pas de se faire une véritable idée des éventuelles pertes survenues les dimanches durant la pandémie. La moyenne des chiffres d'affaires invoquée est en effet incomplète, en particulier pour les années qui précèdent la pandémie, puisqu'ils ne reposent que sur cinq dimanches pour

l'année 2019, respectivement quatre dimanches pour l'année 2020, alors qu'une année complète compte 52 dimanches.

5.5 Il suit des considérants qui précèdent que les pertes de travail dont la recourante demande l'indemnisation pour les périodes successives du 17 au 28 février 2022, puis du 1^{er} mars au 30 mai 2022 n'étaient pas directement liées à la pandémie, respectivement aux mesures de lutte contre la pandémie ordonnées par les autorités au sens des 32 al. 3 LACI et 51 OACI, ni ne découlaient de facteurs d'ordre économique au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACI. Elles correspondaient à un risque normal d'exploitation qu'il appartenait à la recourante de supporter. Partant, c'est à bon droit que l'intimé a nié à la recourante le droit aux prestations pour les périodes litigieuses.

6.

Se pose encore la question de savoir si l'intimé était en droit de revenir sur ses décisions, par le biais de la reconsidération, même si celles-ci étaient formellement passées en force.

6.1 L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA). La reconsidération sert de correctif à une application initialement erronée du droit, y compris à une constatation inexacte du point de vue de l'appréciation de l'état de fait (ATF 148 V 195 c. 5.3).

6.1.1 Selon la jurisprudence, la reconsidération de décisions ou de décisions sur opposition entrées en force n'est envisageable qu'en cas d'erreur manifeste de l'administration (RCC 1988 p. 566 c. 2b). Une erreur est manifeste lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision était erronée. Seule une conclusion s'impose – celle du caractère erroné de la décision. Une décision doit être qualifiée de manifestement erronée si les investigations nécessaires n'ont pas été entreprises ou qu'elles n'ont pas été effectuées avec la diligence requise, ou encore qu'une prestation a été allouée sur la base de fausses dispositions légales,

sans appliquer les dispositions idoines ou en n'appliquant pas correctement ces dernières. Une évaluation soutenable des conditions d'octroi d'une prestation, compte tenu de l'état de fait, des bases légales applicables et de la jurisprudence topique en vigueur à l'époque ne peut pas être considérée comme une erreur manifeste (ATF 141 V 405 c. 5.2 et les références). Pour pouvoir revenir sur une décision d'octroi de prestations par le biais d'une reconsidération, il ne suffit pas d'établir qu'un seul des critères déterminants pour le droit à celles-ci n'est pas respecté. L'octroi de prestations doit bien plus apparaître comme étant manifestement erroné dans son résultat. (ATF 140 V 77 c. 3.1 et les références).

6.1.2 La reconsidération exige que la correction de la décision manifestement erronée revête une importance notable. Selon la jurisprudence, s'avère à cet égard déterminant l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, soit notamment le temps qui s'est écoulé depuis l'octroi injustifié des prestations. Un montant limite applicable de manière générale ne peut cependant pas être défini. L'ampleur des montants versés indûment revêt néanmoins de l'importance, dans la mesure où l'intérêt de l'administration à ce que le droit objectif soit correctement appliqué pèsera d'autant moins face à celui lié à la sécurité du droit que les prestations versées indûment s'avèrent peu élevées. L'importance notable de la correction à effectuer sera pratiquement toujours admise à l'égard de prestations périodiques, alors même que la limite se situe selon la pratique à quelques centaines de francs en cas de prestations ponctuelles. La condition de l'importance notable de la correction sert en outre à des fins d'économie de procédure (ATF 107 V 180 c. 2b; DTA 2000 p. 208 c. 3b; TF 8C_18/2017 du 4 mai 2017 c. 3.2.2).

6.2 En premier lieu, il faut signaler que, conformément à la jurisprudence du Tribunal de céans, il est admis que les décisions ayant pour objet l'ouverture du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail rendues par l'autorité cantonale sur la base de l'art. 36 al. 4 LACI peuvent être revues par le biais de la reconsidération prévue à l'art. 53 al. 2 LPGa (voir VGE ALV/2022/628 du 25 janvier 2023 c. 3.1 et les références, confirmé par VGE ALV/2022/720 du 6 février 2023 c. 3.1 et ALV/2022/551 du 6 février 2023 c. 3.1). En l'occurrence, dans ses décisions des

8 décembre 2021 et 6 avril 2022, l'intimé avait initialement reconnu un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 1^{er} décembre 2021 au 28 février 2022, de même que du 1^{er} mars au 31 mai 2022. Elle avait toutefois reconnu ce droit sous réserve des conditions prévues à l'art. 39 LACI qui étaient à examiner par la caisse de chômage, dès lors que la recourante continuait de subir une perte de travail en raison de la pandémie et des mesures prises par les autorités à cet égard. Néanmoins, saisie d'une demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 8 mars 2022 relatif au mois de février 2022, par laquelle la recourante exposait notamment qu'une période de transition était nécessaire suite à la levée de la majorité des mesures de restriction (dos. ACt, p. 97 à 107), la caisse de chômage a considéré que la perte de travail invoquée pour des raisons économiques de 72.11% n'était pas plausible et a soumis le dossier à l'intimé pour réexamen (voir courrier de l'intimé à l'attention de la recourante du 7 avril 2022 et note interne du 30 mars 2022, dos. ACt, p. 94 à 96; voir aussi VGE ALV/2022/424 du 7 octobre 2022 c. 4.3; Bulletin LACI RHT, ch. G16). Dans le cadre de ce réexamen, l'intimé a constaté que les décisions des 8 décembre 2021 et 6 avril 2022 avaient été rendues dans l'ignorance du fait que les pertes de travail invoquées découlaient en premier lieu de la renonciation de la recourante à rouvrir son restaurant les dimanches au moment où l'essentiel des mesures ordonnées par les autorités avaient été levées (voir notamment courrier de la recourante du 11 avril 2022 et la réponse au questionnaire du 14 avril 2022, dos. ACt, p. 65 s. et 78 s.). Dans ces circonstances, la recourante n'avait pas déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter ou diminuer les pertes de travail (voir c. 5.4 ci-dessus). A cela s'ajoute que ni les effets de la pandémie à cette période, ni les mesures de restriction ordonnées par les autorités, ni une autre situation extraordinaire due à des circonstances économiques spécifiques à la branche ne pouvaient justifier les pertes de travail invoquées. Au contraire, les pertes de travail encourues entre le 17 et le 28 février 2022, ainsi qu'entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2022 relevaient du risque normal d'exploitation de la recourante, de sorte qu'un droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail devait être exclu (art. 33 al. 1 let. a LACI; voir c. 5.2 s. ci-dessus). Par conséquent, les décisions des 8 décembre 2021 et 6 avril 2022, en tant qu'elles

reconnaissent à la recourante un droit à de telles prestations pour les périodes s'étendant du 17 au 28 février 2022, puis du 1^{er} mars au 31 mai 2022, s'avéraient erronées. Par ailleurs, leur rectification revêtait une importance notable au regard des montant litigieux en cause (voir c. 1.3 ci-dessus).

6.3 Partant, les conditions posées à l'art. 53 al. 2 LPGA étaient réunies en vue d'une reconsidération des décisions des 8 décembre 2021 et 6 avril 2022 afférentes aux périodes s'étendant du 17 au 28 février 2022, de même que du 1^{er} mars au 31 mai 2022.

7.

7.1 Sur le vu de ce qui précède, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

7.2 Conformément à l'art. 61 let. f^{bis} LPGA (*a contrario*, voir également FF 2018 1628), la procédure n'est pas soumise à des frais de justice. Il n'y a en outre pas lieu d'allouer de dépens à la recourante qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA *a contrario*), ni à l'intimé (art. 104 al. 1 et 3 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.
3. Le présent jugement est notifié (R):
 - à la recourante, par son mandataire,
 - à l'intimé,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).