

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 juillet 2021

Composition : Mme RÖTHENBACHER, présidente
Mmes Dormond Béguelin et Pelletier, assesseures
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

S. _____, à [...], recourante,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance juridique chômage, à Lausanne,
intimé.

Art. 31 al. 1, 32 al. 1 et 33 al. 1 let. a LACI

E n f a i t :

A. La société S. _____ SA de siège à [...] (ci-après : la société ou la recourante) a été fondée le [...] 2001 à [...]. Inscrite au registre du commerce du canton de Vaud, elle a pour but le développement, la production et la commercialisation d'appareils pour la mesure intelligente et pour l'économie d'énergie.

Le 27 décembre 2018, la société a déposé un préavis auprès du Service de l'emploi du canton de Vaud (ci-après : le SDE ou l'intimé) par lequel elle a requis l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour deux employés, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2019, en vertu des art. 31 s. LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0). Elle a exposé qu'étant active dans la branche des « technologies innovatrices », elle développait, depuis la fin 2015 - début 2016, une nouvelle génération de produits de lecture à distance de compteurs d'énergie (pour l'électricité, le gaz et l'eau). Elle a invoqué que le déploiement de nouvelles technologies de télécommunication à basse consommation (NB-IoT/CAT-M1) nécessaires pour ses appareils opérant sur piles s'était fait attendre, avec des commandes repoussées dans l'attente de la disponibilité des nouveaux moyens de télécommunication. Compte tenu d'un important retard dans le carnet de commandes, un ralentissement des efforts de vente de la société était nécessaire dans l'attente d'une reprise.

Il est ressorti des mesures d'instruction qui ont suivi la demande que le nouveau produit de la société était en phase de test depuis le mois d'octobre 2018. Selon les explications fournies, les nouveaux réseaux de télécommunication étaient en cours de déploiement dans la plupart des pays en Europe (principal marché) et devaient être opérationnels avant la fin 2019. Les premières ventes étaient attendues aux mois de février-mars 2019, et un délai de six mois était nécessaire pour « être financièrement opérationnel afin de relancer la prospection à plus grande échelle ».

Par décision du 24 janvier 2019, le SDE a rejeté la demande d'indemnité en cas de RHT aux motifs que l'entreprise se trouvait encore dans une phase de test de son nouvel appareil et que ce produit ne serait commercialisé qu'à partir du mois de juillet 2019 au plus tôt, selon le tableau « Projection Ventes "12 mois" » remis par la société. En outre, ses clients avaient repoussé leurs commandes dans l'attente de la disponibilité des nouvelles technologies de télécommunication à basse consommation (NB-IoT/CAT-M1). Or un manque de commandes dans la période antérieure à la phase de démarrage, voire au tout début de cette phase, était tout à fait habituel et faisait partie des risques normaux d'exploitation.

Le 30 janvier 2019, la société s'est opposée à cette décision. Elle a notamment rappelé que les activités en question représentaient la quatrième génération de ses produits de lecture à distance de compteurs d'énergie. Elle a précisé avoir financé tous les développements de cette dernière version depuis le début 2017 jusqu'en juin 2018, avec des essais dès l'été 2018 et des premières ventes attendues avant la fin 2018. Elle était tributaire des réseaux de télécommunication annoncés pour 2017 mais qui étaient déployés avec retard par les fournisseurs de services. Contestant être en phase de démarrage ou lancement, elle invoquait être dépendante d'une « situation technologique exceptionnelle » imprévisible et inévitable ayant nécessité le report des tests.

Par décision du 15 février 2019, le SDE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 24 janvier 2019.

B. Par acte déposé le 15 mars 2019 (timbre postal) devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, S. _____ SA a conclu implicitement à la réforme de la décision précitée dans le sens de l'octroi en sa faveur des indemnités en cas de RHT.

Dans sa réponse du 15 avril 2019, le SDE a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision sur opposition attaquée. Il a également produit son dossier consultable auprès du greffe du tribunal.

Une copie de cette écriture a été transmise à la recourante le 17 avril 2019, laquelle n'a pas procédé plus avant.

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 et 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale 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) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) en faveur de deux employés de la recourante, pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2019.

3. a) En vertu de l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail s'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou s'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), si la perte de travail doit être prise en considération (let. b), si le congé n'a pas été donné (let. c), et si la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.1).

b) La perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique, si elle est inévitable et si elle atteint au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées (art. 32 al. 1 LACI).

c) Cependant, même lorsque ces conditions sont réunies, la perte de travail n'est pas prise en considération quand elle est due aux circonstances énumérées à l'art. 33 LACI. Tel est notamment le cas lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI *in fine*). L'art. 33 LACI vise à éviter que l'assurance-chômage ne prenne en charge des interruptions de travail prévisibles et susceptibles d'être planifiées par l'employeur. Cette disposition incite l'employeur à se comporter comme si l'assurance-chômage n'existait pas et à prendre en charge les risques d'entreprise habituels et ceux propres à l'activité en question. Ces risques sont connus et ne peuvent être reportés sur une assurance sociale (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 2 *ad* art. 33 LACI).

Doivent être considérés comme des « risques normaux d'exploitation » au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; TFA C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 3 et C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2.1 ; RUBIN, *op. cit.*, n. 10 *ad art.* 33 LACI).

Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires comme le risque commercial (mauvais choix commercial débouchant sur un échec de la commercialisation d'un produit ou d'un service), le risque de baisse de compétitivité par rapport à celle de la concurrence, l'inadaptation au progrès technique ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnisables. Certains risques économiques sont exceptionnels ou extraordinaires et doivent être indemnisés. Il en va ainsi des risques liés à certaines décisions politiques (protectionnisme, représailles, etc.), les conséquences d'événements extraordinaires du type des attentats du 11 septembre 2001, certains risques systémiques, par exemple ceux engendrés par la chute des cours boursiers (crise financière). Les entreprises ne peuvent déterminer leurs marges en tenant compte de ce genre d'événements car ils surviennent plus ou moins inopinément. De surcroît, leur impact est incalculable. Ainsi, plus le risque est imprévisible, plus la perte de travail qui en découle sera susceptible d'être prise en considération et pourra déboucher sur une indemnisation.

Le manque de travail en phase de lancement d'une entreprise constitue également un risque ordinaire (DTA 2000 p. 53 consid. 4c). C'est *grosso modo* dans les deux premières années de son activité qu'une entreprise doit prendre des décisions importantes concernant sa structure, ses dimensions et ses produits. Les démarches préalables de mise sur pied, de contacts avec la promotion économique, d'engagement initial de personnel, d'étude de marché, de conception et de test d'un produit ne doivent pas être comptées dans ce délai de deux ans. Le moment du début d'activité faisant courir le délai de deux ans dont il vient d'être question correspond en réalité aux premières activités de démarchage, de production et de mise sur le marché (RUBIN, *op. cit.*, n. 13 *ad. art.* 33 LACI et les références). Un manque de commandes pendant la phase de démarrage d'une entreprise, soit pendant une période de deux ans environ, est tout à fait habituel et les pertes de travail qui en résultent font partie des risques normaux d'exploitation. Mais on n'attribuera pas au risque normal d'exploitation la perte de travail subie, par exemple, lorsqu'une entreprise a été reprise par un autre employeur avec simple changement de raison sociale ou la perte de travail consécutive à des mesures prises par les autorités (Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO] D4).

d) Des raisons techniques ne peuvent être assimilées à des facteurs économiques au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACI (RUBIN, *op. cit.*, n. 8 *ad art.* 32 LACI). Ainsi, les pertes de travail liées aux aléas techniques ne peuvent pas faire l'objet d'une indemnisation (RUBIN, *op. cit.*, n. 12 *ad art.* 33 LACI).

4. En l'espèce, l'autorité intimée a estimé que S._____ SA n'avait pratiquement plus réalisé de chiffre d'affaires depuis le mois de juillet 2015 jusqu'au jour de la décision querellée dès lors qu'elle s'était consacrée au développement de son nouvel appareil, alors en phase de test et dont la commercialisation devait débiter en juillet 2019 au plus tôt. Existant depuis 2001, et même si elle en était au développement de sa quatrième génération de produits, il n'en demeurerait pas moins que le manque de commandes et de financement constituait un risque ordinaire

que toute entreprise était susceptible de rencontrer en se concentrant sur le développement d'un produit. Partant, la recourante n'était pas encore dans la phase de lancement de son nouvel appareil - qui devait prochainement être commercialisé - ce qui justifiait de considérer que la perte de travail invoquée faisait partie des risques normaux d'exploitation. De plus, le retard de l'introduction d'une nouvelle technologie par les fournisseurs de télécommunication ne représentait pas une circonstance exceptionnelle mais un risque normal d'exploitation ou un changement des conditions cadres que toute entreprise était susceptible de rencontrer dans ce domaine d'activité. Enfin, le report du déploiement de nouveaux réseaux de télécommunication ne constituait pas non plus un facteur d'ordre économique dès lors que ces retards n'étaient pas liés à des difficultés conjoncturelles.

5. a) La recourante soutient tout d'abord qu'elle ne se trouvait pas en phase de démarrage ou de lancement. Elle fait valoir à cet égard avoir pris la décision au début 2017 de développer, sur la base du produit actuel (troisième génération avec nouveau capteur d'image commercialisé depuis 2015), la quatrième génération de son produit intégrant des nouveaux systèmes de communication à basse consommation (NB-IoT/CAT-M1) permettant d'en augmenter la durée de vie, et dont le développement, qu'elle a entièrement financé, a duré jusqu'en juin 2018 avec les premiers tests prévus à l'été 2018. Dans ces conditions, elle prétend que le début d'activité avec ce produit a commencé en 2015, soit il y a quatre ans.

La société S. _____ SA a été fondée en 2001 et n'est donc pas nouvelle. Suivant les explications recueillies par l'autorité administrative dans le cadre de son instruction, le nouvel appareil de la quatrième génération était en phase de test depuis octobre 2018. Les premières ventes étaient prévues en février-mars 2019 et un cash-flow positif attendu en juin 2019. Il s'agit en l'occurrence du lancement d'un nouveau produit de sorte que la situation est donc comparable à une baisse de travail en phase de lancement d'une entreprise. Cela étant, un manque de commandes pendant la phase de démarrage d'une entreprise,

soit pendant une période de deux ans environ, est tout à fait habituel et les pertes de travail qui en résultent font partie des risques normaux d'exploitation (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 13 *ad art.* 33 LACI).

b) En deuxième lieu, rappelant que les nouveaux réseaux de télécommunication annoncés depuis 2017 ne sont toujours pas déployés entraînant le report de ses tests, la recourante soutient être tributaire d'une situation exceptionnelle au motif que « fin 2016 S. _____ SA a pris la décision d'investir dans des nouvelles technologies annoncées pour 2017, mais qu'en début 2019 elles ne sont toujours pas disponibles », avec la précision que cette situation était ni prévisible ni évitable car dépendante des opérateurs de télécommunication.

Dans les faits, le retard de plus d'une année des nouveaux réseaux de communication en Europe attendu par la recourante pour 2017, mais toujours indisponible en début 2019, ne représente pas une circonstance inévitable, exceptionnelle ou extraordinaire qui ne pouvait pas être anticipée par S. _____ SA. La perte de travail alléguée en raison d'un report des commandes de clients dans l'attente de la disponibilité des nouvelles technologies de télécommunication à basse consommation (NB-IoT/CAT-M1) constitue un risque normal d'exploitation ou un changement des conditions cadres que toute entreprise est susceptible de rencontrer dans ce domaine d'activité. Or les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires que l'employeur doit assumer au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI ne sont pas indemnifiables.

En l'absence de circonstances exceptionnelles qui permettraient de retenir que la perte de travail invoquée a pour origine une cause extraordinaire qui n'est pas inhérente aux risques normaux d'exploitation que la recourante doit assumer, la perte de travail en question ne peut pas être indemnisée.

c) Enfin, il convient de constater, avec l'intimé dans sa décision, que le report du déploiement de nouveaux réseaux de télécommunication ne constitue pas non plus un facteur d'ordre

économique au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACI dès lors que ces retards n'étaient pas liés à des difficultés conjoncturelles mais dus à des raisons techniques. Aussi, les pertes de travail liées aux aléas techniques ne sont pas susceptibles d'être prises en considération et ne peuvent déboucher sur une indemnisation (cf. consid. 3d supra).

5. a) En définitive, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté, la décision attaquée étant 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. 83 LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours déposé le 15 mars 2019 par S. _____ SA est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 15 février 2019 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 :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- S. _____,
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

par l'envoi de photocopies.

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

Le greffier :