

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 1^{er} février 2022

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

S. _____, à [...], recourante,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, INSTANCE JURIDIQUE CHÔMAGE, à Lausanne,
intimé.

**Art. 31 al. 1 LACI ; 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-
chômage**

E n f a i t :

A. La société S._____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante) a pour but principal l'exploitation de restaurants. X._____ en est l'associée gérante avec signature individuelle.

En date du 17 avril 2020, elle a adressé un préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) au Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), annonçant que ses trois employés, au bénéfice de contrats de durée indéterminée, étaient concernés par une perte de travail à 100 % du 16 mars au 8 juin 2020.

A la demande du SDE, la société a apporté des indications complémentaires par courriel le 26 avril 2020 et a produit les contrats de travail de ses trois employés, ainsi que leur accord à l'introduction de la réduction de l'horaire de travail.

Par préavis du 12 mai 2020, le SDE a informé la société que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail était accordée pour toute l'entreprise du 17 avril 2020 (date de la demande) au 16 octobre 2020, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, les indemnités devant être revendiquées auprès de la caisse de chômage.

Par courriel du 15 mai 2020, la société a demandé à ce que les indemnités RHT lui soient octroyées à partir du 16 mars 2020, exposant que c'est depuis cette date que le restaurant avait dû être fermé.

Par décision du 10 juillet 2020, le SDE a décidé que, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la caisse de chômage pouvait octroyer à la société des indemnités RHT du 17 avril 2020 au 31 août 2020. Le Conseil fédéral avait supprimé le délai de préavis et la date du dépôt du préavis faisait donc foi pour déterminer la date à compter de laquelle l'indemnité RHT pouvait être octroyée. Une exception avait été prévue pour les demandes déposées avant le 31 mars

2020 et qui concernaient une fermeture d'entreprise décidée par les autorités, auquel cas la date de la mesure concernée pouvait être considérée comme date de réception. La société S._____ Sàrl n'ayant présenté sa demande que le 17 avril 2020, les conditions de l'exception précitée n'étaient pas remplies et l'octroi des indemnités RHT ne pouvait intervenir qu'à compter du 17 avril 2020. Elles étaient par ailleurs limitées au 31 août 2020 compte tenu de l'abrogation prévue à cette date de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 837.033) selon les informations du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO).

La société s'est opposée à cette décision le 13 juillet 2020. Ses représentants ont exposé que l'exploitation du restaurant avait débuté le 5 mars 2020, que la décision de fermeture liée au COVID-19 intervenue à peine deux semaines plus tard avait eu un effet catastrophique, qu'ils n'avaient pas encore eu le temps de mettre en place la structure administrative et qu'il avait été compliqué de trouver une fiduciaire disponible, de sorte qu'ils ignoraient les démarches à effectuer en matière d'indemnités RHT, pensant ne pas y avoir droit compte tenu de l'engagement récent des collaborateurs, celui-ci datant de début mars 2020. Ils n'étaient pas parvenus à obtenir d'informations auprès des lignes téléphoniques saturées des organismes de l'Etat. Ils avaient pu trouver une personne le 3 avril pour prendre le dossier en main, mais celle-ci s'était retrouvée en quarantaine, et ils n'avaient pas réussi à trouver quelqu'un d'autre, ce qui expliquait que le dépôt de la demande de RHT n'avait pu intervenir que le 17 avril 2020.

Les 21 août 2020, 6 novembre 2020, 27 janvier 2021 et 5 avril 2021, la société a déposé de nouvelles demandes d'indemnités RHT auprès du SDE, annonçant une réduction de l'horaire de tout le personnel pour les périodes du 1^{er} septembre au 30 novembre 2020, du 1^{er} décembre au 28 février 2021, puis à compter du 1^{er} mars 2021 et du 1^{er} mai 2021.

Le SDE a émis des préavis positifs à l'octroi de telles indemnités en date des 16 octobre 2020, 20 novembre 2020, 23 février 2021 et 27 avril 2021.

Par décision sur opposition du 21 janvier 2021, le SDE a rejeté l'opposition formée par la société et a confirmé sa décision du 10 juillet 2020. Il a constaté que l'opposante avait déposé sa demande d'indemnités RHT le 17 avril 2020, soit après le 31 mars 2020, de sorte qu'une des deux conditions permettant l'octroi rétroactif des indemnités RHT au 17 mars 2020 n'était pas remplie. Le SDE a estimé qu'il appartenait à l'opposante de se renseigner et de faire le nécessaire dans les délais.

B. Par acte du 18 février 2021, S. _____ Sàrl a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme et à l'obtention d'un préavis positif à l'octroi d'indemnités RHT pour la période du 17 mars au 16 avril 2020. Elle s'est prévaluée de sa création récente, de la surcharge des lignes de renseignements téléphoniques, de l'absence de réponses de la part des offices, de l'existence d'informations contradictoires et changeantes entre mi-mars et mi-avril, ainsi que du manque de disponibilité des prestataires de services, ce qui expliquait que les démarches pour l'obtention des indemnités RHT à partir du 17 mars 2020 n'avaient pu être faites correctement. Elle a soutenu que si elle avait été informée plus tôt, après le dépôt de sa demande, qu'elle n'était pas dans les délais, elle n'aurait certainement pas conservé ses collaborateurs, dont le préavis de résiliation était de sept jours. Elle a fait remarquer la durée du traitement de son opposition par le SDE et l'erreur initialement commise par ce dernier, telle qu'elle ressort des faits de la décision sur opposition. La recourante a finalement invoqué que l'absence d'indemnités RHT pendant un mois représentait une lourde perte financière pour sa trésorerie, qui continuait d'être affectée par la fermeture des restaurants.

Dans sa réponse du 11 juin 2021, le SDE a conclu au rejet du recours.

Invitée à répliquer, la recourante n'a pas déposé de nouvelles déterminations.

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 le droit de la recourante à des indemnités RHT pour la période du 17 mars 2020 au 16 avril 2020.

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).

A teneur de l'art. 36 al. 1 LACI, lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels. Ainsi, selon l'art. 58 al. 1 OACI, le délai de préavis en cas de réduction de l'horaire de travail est exceptionnellement de trois jours lorsque l'employeur prouve que la réduction de l'horaire de travail doit être instaurée en raison de circonstances subites et imprévisibles.

Le délai de préavis est un délai de péremption. Si l'employeur ne remet pas son préavis dans le délai réglementaire, la perte de travail n'est prise en considération qu'à partir de l'expiration de ce délai (art. 58 al. 4 OACI ; ATF 133 V 89 consid. 6.2.1 et la jurisprudence citée). L'autorité cantonale compétente s'opposera alors en partie au versement de l'indemnité (Bulletin LACI RHT du SECO, ch. G7).

b) Des normes spécifiques en matière de délais ont été introduites en lien avec le coronavirus.

L'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en vigueur du 26 mars 2020 (RO 2020 1075) au 1^{er} juin 2020 (RO 2020 1777), prévoit qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, l'employeur n'est pas tenu de respecter un délai de préavis lorsqu'il a l'intention de requérir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de ses travailleurs (al. 1). Le préavis de réduction de l'horaire de travail peut également être communiqué par téléphone. L'employeur est tenu de confirmer immédiatement par écrit la communication téléphonique (al. 2).

En lien avec cette réglementation, le SECO a précisé qu'en dérogation aux art. 36 al. 1 LACI et 58 al. 1 à 4 OACI, aucun délai de

préavis ne devait être pris en compte entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2020. Pour les demandes déposées en retard, toutefois jusqu'au 31 mars 2020 (date de réception / cachet de la poste), et qui concernaient une fermeture d'entreprise (mesure prise par les autorités), la date de la mesure concernée (généralement le 17 mars 2020) pouvait être considérée comme la date de réception (cf. Directive SECO 2020/06 du 9 avril 2020 ; Directive SECO 2020/08 du 1^{er} juin 2020 et les précisions du 11 juin 2020 ; Directive SECO 2020/10 du 22 juillet 2020 et Directive SECO 2021/06 du 19 mars 2021).

c) Les directives administratives sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales par les organes d'exécution des assurances sociales. Elles établissent notamment des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce conformément au principe d'égalité de traitement. Les directives administratives sont destinées à l'administration, mais le juge ne s'en écarte pas sans motif pertinent (ATF 146 V 104 consid. 7.1 ; 146 V 233 consid. 4.2.1 ; 144 V 195 consid. 4.2 et les références).

4. En l'occurrence, la recourante a déposé son préavis le 17 avril 2020, en sollicitant l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail dès le 16 mars 2020.

a) La suppression temporaire du délai de préavis prévue par l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, dans sa version au 26 mars 2020, a pour conséquence que la date de dépôt du préavis fait foi pour déterminer la date à partir de laquelle l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail peut être allouée. Si cette règle dispense l'employeur de faire preuve d'anticipation, comme le requièrent en temps normal les art. 36 LACI et 58 OACI, elle ne permet en principe pas d'obtenir des indemnités rétroactivement, à une date antérieure au dépôt du préavis. La seule exception à ce principe, instaurée par directive du SECO (cf. consid. 3b supra), concerne les entreprises qui ont dû cesser leur activité sans délai au 17 mars 2020 par décision du Conseil fédéral et pour lesquelles la date du 17 mars 2020 peut être considérée comme date

de dépôt du préavis, même si le dépôt effectif a eu lieu ultérieurement, pour autant qu'il soit intervenu au 31 mars 2020 au plus tard.

En l'espèce, la recourante ne conteste pas avoir déposé son préavis au-delà du 31 mars 2020. Elle ne remplit dès lors pas les conditions pour bénéficier de l'exception prévue dans les directives du SECO. En dehors de cette exception, le droit aux indemnités ne pouvait pas naître rétroactivement à l'avis effectué auprès de l'autorité cantonale, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé (TF 8C_123/2021 du 7 avril 2021 consid. 4.3).

b) La recourante fait valoir que la création récente de la société, la surcharge des lignes de renseignements téléphoniques, l'absence de réponses de la part des offices, les informations contradictoires et changeantes entre mi-mars et mi-avril, ainsi que le manque de disponibilité des prestataires de services permettent d'expliquer dans son cas que les démarches pour l'obtention des RHT à partir du 17 mars 2020 n'avaient pu être faites correctement.

aa) Premièrement, il faut relever que la date de création de l'entreprise n'est pas déterminante. En effet, les mesures de fermeture décidées par le Conseil fédéral dans le cadre de l'épidémie de coronavirus et les différentes aides octroyées par l'Etat étaient des circonstances nouvelles pour l'ensemble des sociétés. En outre, il est évident qu'une grande partie des entreprises suisses n'avait jamais dû avoir recours au versement d'indemnités RHT et devaient, à l'instar de la recourante, se renseigner sur les démarches à entreprendre.

bb) A cet égard, l'on peut admettre, comme le relève la recourante que depuis la mi-mars 2020 et durant quelques semaines, les possibilités d'obtenir des renseignements de la part de l'administration par téléphone ou visite personnelle se sont révélées difficiles. Ces circonstances ne permettent toutefois pas d'admettre que la recourante s'est trouvée objectivement, ni même subjectivement, dans l'impossibilité de déposer son préavis de réduction de l'horaire de travail dans un délai

lui permettant de sauvegarder l'intégralité de ses droits en lien avec la fermeture de son restaurant le 17 mars 2020.

L'art. 58 al. 4 OACI réserve l'existence d'une excuse valable en cas de remise tardive du préavis. A cet égard, l'art. 41 LPGA prévoit que si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les 30 jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis. Il faut comprendre par empêchement non fautif, non seulement l'impossibilité objective, comme la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à une erreur excusable (TF 9C_54/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2 ; TF 9C_209/2012 du 26 juin 2012 consid. 3.1).

Il sied tout d'abord de relever que l'empêchement doit avoir trait à l'action de déposer un acte (demande, recours, etc.) dans les délais prescrits. Or, en l'occurrence, la recourante ne prétend pas qu'elle a été à proprement parler empêchée d'agir dans le délai, soit jusqu'au 31 mars 2020, mais seulement qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité d'être renseignée par téléphone et de trouver un fiduciaire pour effectuer les démarches. Cependant, elle aurait pu obtenir par elle-même les informations nécessaires par le biais des sites internet des autorités administratives, qui ont régulièrement été mis à jour et qui contenaient toutes les indications utiles. Les démarches n'étaient par ailleurs pas compliquées au point de rendre indispensable l'aide d'un fiduciaire ou d'un prestataire de services. Le fait que le fiduciaire trouvé se soit retrouvé en quarantaine est donc sans pertinence. La recourante était en mesure de déposer elle-même un avis de RHT auprès de l'autorité cantonale et il n'existe aucune circonstance qui lui permettrait d'être mise au bénéfice d'une restitution de délai au sens de l'art. 41 LPGA.

cc) Il ressort d'ailleurs de son opposition que si elle a tardé à déposer une demande d'indemnités RHT, ce n'est pas parce qu'elle en a été empêchée mais car elle pensait ne pas y avoir droit compte tenu de

l'engagement récent des collaborateurs, celui-ci datant de début mars 2020. Or la question de la restitution du délai ne se pose pas dans l'éventualité où la partie ou son mandataire n'ont pas été empêchés d'agir à temps, notamment lorsque l'inaction résulte d'une faute, d'un choix délibéré ou d'une erreur (TF 8C_743/2019 du 20 décembre 2019 consid. 4.3 ; TF 2C_535/2016 du 8 août 2016 consid. 2.1 et 2.3.1 et les références citées). On ne saurait par ailleurs tirer des avantages de sa propre méconnaissance du droit (ATF 136 V 331 consid. 4.1 in fine ; 131 V 196 consid. 5.2).

Comme déjà mentionné, il appartenait à la recourante de se renseigner, étant précisé que les renseignements pouvaient être obtenus autrement que par le biais des lignes téléphoniques.

c) La recourante allègue que si elle avait été informée plus rapidement, après le dépôt de son préavis, du fait qu'elle ne pourrait pas obtenir d'indemnités RHT pour la période antérieure à la date de sa demande, elle aurait vraisemblablement licencié ses collaborateurs, étant donné que le délai de résiliation était de seulement 7 jours.

Premièrement, on ne saurait constater un retard à statuer de la part du SDE puisqu'il a, sitôt après le dépôt de la demande, requis des renseignements complémentaires par courriel du 23 avril 2020, puis a statué le 12 mai 2020, après avoir reçu les documents sollicités le 30 avril 2020.

Ensuite, il n'apparaît pas que le SDE aurait laissé entendre à la recourante que l'octroi des indemnités RHT pourrait intervenir avant le 17 avril 2020, ni que la recourante aurait sollicité des informations à ce sujet. On ne se trouve donc pas dans une situation de violation du principe de la bonne foi entre administration et administré. Il n'y a en effet pas eu de comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez la recourante une attente ou espérance légitime, ni de renseignement erroné qui l'aurait conduite à ne pas déposer le préavis avant le 17 avril 2020 (sur ces

questions, cf. ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées).

Finalement, l'argument de la recourante relatif au licenciement de ses collaborateurs paraît peu crédible puisqu'elle n'a pas procédé rapidement à la résiliation des contrats de travail courant mars 2020 quand bien même elle pensait, à ce moment-là, ne pas avoir droit à des indemnités RHT (cf. son opposition du 13 juillet 2020).

d) La recourante s'est plainte de la durée du traitement de son opposition par le SDE et d'une erreur commise par ce dernier, qui ressort de la partie « faits » de la décision sur opposition. En l'occurrence, le traitement de l'opposition a duré un peu plus de six mois, la recourante ayant formé opposition le 13 juillet 2020 et le SDE ayant rendu sa décision sur opposition le 21 janvier 2021. Si la recourante estimait qu'il y avait un retard à statuer, il lui aurait appartenu de le faire valoir en temps utile par le biais d'un recours pour déni de justice. On ne voit pas la pertinence, au stade de la procédure de recours contre la décision au fond, de se prévaloir de la durée du traitement de l'opposition, faute d'intérêt actuel et pratique (ATF 131 I 153 consid. 1.2). On peut en outre relever que le délai de traitement de l'opposition paraît raisonnable au vu des circonstances.

Quant à l'erreur commise par le SDE invoquée par la recourante, il s'agit du fait que l'intimé a initialement admis le versement des indemnités RHT pour la période du 17 avril 2020 au 16 octobre 2020, au lieu de s'opposer partiellement au versement des indemnités RHT requises par la recourante et de préavis favorablement leur versement uniquement du 17 avril 2020 au 31 août 2020, ce qu'il a corrigé en rendant la nouvelle décision du 10 juillet 2020, qui annulait et remplaçait celle du 12 mai 2020. Cette modification, qui est intervenue en temps utile et de manière claire, n'a eu aucune incidence sur le présent litige. La recourante s'était d'ailleurs déjà rendue compte, à la lecture de la décision initiale du 12 mai 2020, que sa demande n'avait été que partiellement admise par le SDE.

e) La recourante soulève enfin que l'absence d'indemnités RHT pendant un mois représentait une lourde perte financière pour une trésorerie qui continuait d'être affectée par la fermeture des restaurants. Sans remettre en cause cet élément, il faut rappeler, comme déjà évoqué ci-dessus, qu'il aurait appartenu à la recourante de se renseigner et déposer son préavis de RHT en temps voulu. Elle doit par conséquent supporter les conséquences du non-versement d'indemnités RHT pour la période du 17 mars au 16 avril 2020.

f) Sur le vu de ce qui précède, l'intimé était fondé à octroyer à la recourante des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à partir du 17 avril 2020, soit le jour du dépôt du préavis.

5. a) Le recours doit par conséquent être rejeté.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 21 janvier 2021 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 à :

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

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).

La greffière :