

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 août 2021

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Dessaux et Pasche, juges
Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourante, représentée par Me Gilles Robert-Nicoud,
avocat, à Lausanne

et

SERVICE DE L'EMPLOI, à Lausanne, intimé.

Art. 52 LPGA ; art. 12 OPGA.

E n f a i t :

A. a) La société en nom collectif B._____ (ci-après : la société en nom collectif B._____ ou la recourante) exploite un bar-restaurant à [...]. En date du 2 décembre 2020, elle a transmis au Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé) un préavis par lequel elle a requis l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail pour cinquante-quatre de ses employés pour la période du 1^{er} décembre 2020 au 30 juin 2021. La demande était motivée par la fermeture de l'établissement ordonnée pour la période du 4 novembre au 10 décembre 2020, puis une réouverture possible avec une capacité d'accueil limitée à soixante places au lieu de deux cents.

b) Par décision du 6 janvier 2021, le SDE a préavisé favorablement l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 12 décembre 2020 au 11 mars 2021, compte tenu du délai de préavis applicable de dix jours et du fait que la demande n'était valable que pour une durée de trois mois.

c) La société en nom collectif B._____ s'est opposée le 5 février 2021 à cette décision, concluant à l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dès le 1^{er} décembre 2020.

d) Par décision du 3 mars 2021, la Police cantonale du commerce a ordonné « le retrait de la licence et la fermeture du café-restaurant B._____, sis [...], à [...], pour une durée de quatre mois à compter du 17 février 2021, soit jusqu'au 16 juin 2021, la réouverture de l'établissement étant soumise au dépôt d'une nouvelle demande d'autorisation d'exercer et à l'octroi, par notre autorité, d'une nouvelle licence d'établissement ». La sanction était motivée par le fait que l'établissement avait été le théâtre de violations graves et répétées des dispositions légales fédérales et cantonales en matière de lutte contre le COVID-19. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est entrée en force.

e) Par décision sur opposition du 29 avril 2021, le SDE a, compte tenu à la fois de l'adoption de l'art. 17b Loi COVID-19 (loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 ; RS 818.102 ; RO 2021 153) et de la décision du 3 mars 2021 de la Police cantonale du commerce, réformé sa décision initiale, en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail était accordée à la recourante pour la période du 2 décembre 2020 au 16 février 2021, cette prestation devant être refusée pour la période du 17 février au 1^{er} juin 2021. De l'avis du SDE, la société en nom collectif B._____ était responsable du motif qui avait entraîné la fermeture administrative de son établissement. Ce fait primait toute autre considération, soit notamment les mesures sanitaires ordonnées par les autorités fédérales en lien avec la pandémie de COVID-19, dans la mesure où, en cas d'un assouplissement des règles sanitaires avant le 16 juin 2021, elle ne pourrait malgré tout pas ouvrir son établissement compte tenu de la mesure administrative.

B. a) Par acte du 12 mai 2021, la société en nom collectif B._____ a, par l'intermédiaire de Me Gilles Robert-Nicoud, avocat à Lausanne, déféré la décision sur opposition rendue le 29 avril 2021 par le SDE à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud. Il a conclu principalement à sa réforme, en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail soit accordée pour la période du 17 février au 1^{er} juin 2021, et subsidiairement à son annulation et au renvoi de l'affaire au SDE pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A titre de mesure d'instruction, elle a requis qu'ordre soit donné au SDE d'indiquer dans quelles circonstances il avait été informé de la décision de la Police cantonale du commerce du 3 mars 2021.

En substance, elle estimait que le SDE n'était pas autorisé à prendre unilatéralement la décision de réexaminer la décision du 6 janvier 2021. Au moment où la Police cantonale du commerce avait fixé la sanction, elle bénéficiait d'un préavis positif de la part du SDE jusqu'au 11 mars 2021 et n'avait pas à redouter une modification de cette décision. Si tel était le cas, le SDE aurait dû attirer son attention sur le fait que la

décision de la Police cantonale du commerce pouvait conduire à un nouvel examen de la décision du 6 janvier 2021, ce qu'il n'avait pas fait. Pour cette raison, elle devait être protégée dans sa bonne foi.

Elle était par ailleurs d'avis qu'une fermeture administrative n'impliquait pas nécessairement un refus de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Elle rappelait que l'établissement qu'elle gère avait été fermé pour des raisons sanitaires à la suite d'une décision des autorités. Pour ce motif, elle avait le droit d'être soutenue dans le paiement de ses charges fixes salariales aux mêmes conditions que ses concurrents. Dans ce contexte, le fait que la Police cantonale du commerce avait fixé la date de début de la sanction avec effet rétroactif au 17 février 2021 constituait un assouplissement de la sanction, dans la mesure où l'établissement était de toute façon fermé. Il était par conséquent faux de prétendre que l'établissement était fermé en raison d'une décision de la Police cantonale du commerce. Enfin, ce n'était pas parce qu'un établissement faisait l'objet d'une fermeture administrative que son personnel était obligatoirement désœuvré, celui-ci pouvant être affecté à divers travaux de nettoyage, à du marketing ou à des travaux comptables.

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

Il a rappelé que la décision litigieuse avait été rendue dans le cadre du traitement de l'opposition formée par la société en nom collectif B._____. Dans ce contexte, il avait fait application de la législation en vigueur au moment de statuer et pris en considération les faits nouveaux survenus après la décision initiale du 6 janvier 2021, soit la décision du 3 mars 2021 de la Police cantonale du commerce. En conséquence, la décision sur opposition du 29 avril 2021 n'avait nullement révisé ou réexaminé une décision entrée en force, comme tendait à le laisser penser la société en nom collectif B._____.

Par ailleurs, il convenait, dans le cadre de l'examen du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, de vérifier que la perte de travail était due à des facteurs d'ordre économique et était inévitable. La décision administrative rendue le 3 mars 2021 par la Police cantonale du commerce constatait que les conditions d'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'étaient pas remplies depuis le 17 février 2021. En raison de cette décision, la société en nom collectif B._____ n'était pas en mesure d'ouvrir son établissement malgré l'assouplissement des mesures sanitaires pour les cafés-restaurants, telles que l'ouverture des terrasses à compter du 19 avril 2021 et l'ouverture de l'intérieur des établissements dès le 31 mai 2021.

E n d r o i t :

1. **a)** Sous réserve de dérogation expresse, les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité (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 sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté 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 respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. Le litige porte exclusivement sur le droit de la recourante à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 17 février au 1^{er} juin 2021, le droit pour la période du 2 décembre 2020 au 16 février 2021 n'étant pas contesté.

3. **a)** Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Aux termes de l'art. 12 al. 1 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11), l'assureur n'est pas lié par les conclusions de l'opposant. Il peut modifier la décision à l'avantage ou au détriment de l'opposant. L'art. 12 al. 2 OPGA précise toutefois que si l'assureur envisage de modifier la décision au détriment de l'opposant, il donne à ce dernier l'occasion de retirer son opposition.

b) L'art. 12 al. 2 OPGA, dont le but découle directement des principes des garanties constitutionnelles du droit d'être entendu et du droit à un procès équitable (art. 29 al. 2 Cst [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]), impose à l'assureur qui envisage de modifier une décision au détriment de l'opposant (*reformatio in peius*) d'en avertir ce dernier et de lui donner l'occasion de retirer son opposition. Selon la jurisprudence, cette disposition fonde un double devoir d'information : l'assureur doit non seulement avertir l'opposant du risque de se retrouver dans une position plus défavorable (*reformatio in peius*), mais également de la possibilité de retirer son opposition (ATF 131 V 414 consid. 1 et référence citée ; TF C 200/06 du 3 août 2007 consid. 3).

c) Lorsque l'assureur a procédé conformément à l'art. 12 al. 2 OPGA et que l'assuré retire son opposition, la décision initialement rendue entre en force. L'assureur conserve toutefois la possibilité de revenir sur cette décision – sur laquelle aucune autorité judiciaire ne s'est prononcée quant au fond – au détriment de l'assuré, mais ne dispose pour ce faire que des moyens prévus à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA, concernant respectivement la révision procédurale et la reconsidération des décisions formellement entrées en force (cf. dans ce sens : ATF 131 V 414 consid. 2 ; VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, in : Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, n. 32 ad art. 52 LPGA).

4. a) En l'occurrence, il y a lieu de constater que la décision du 6 janvier 2021 accordait à la recourante le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 12 décembre 2020 au 11 mars 2021. A la suite de l'opposition formée par la recourante, le service intimé a, compte tenu à la fois de l'adoption de l'art. 17b Loi COVID-19 et de la décision du 3 mars 2021 de la Police cantonale du commerce ordonnant le retrait de la licence et de l'autorisation d'exploiter ainsi que la fermeture du café-restaurant de la recourante pour une durée de quatre mois, soit du 17 février au 16 juin 2021, réformé sa décision initiale, en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail était accordée à la recourante pour la période du 2 décembre 2020

au 16 février 2021, cette prestation devant être refusée pour la période du 17 février au 1^{er} juin 2021.

b) Dans son résultat, la décision sur opposition du 29 avril 2021 place la recourante dans une situation qui est moins favorable que celle qui prévalait dans la décision du 6 janvier 2021, dans la mesure où, malgré une période d'examen plus large (du 2 décembre 2020 au 1^{er} juin 2021 ; art. 17b al. 1 Loi COVID-19), la durée totale du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail a été réduite. Dans la mesure où il entendait réformer cette dernière décision au détriment de la recourante, il incombait au service intimé non seulement de l'en informer préalablement – le courriel adressé le 8 avril 2021 par la cheffe de service du SDE au représentant de la recourante peut être considéré comme un avertissement suffisant –, mais également de lui donner la possibilité de retirer son opposition du 5 février 2021. En rendant une décision sur opposition sans offrir la possibilité à la recourante de retirer son opposition, le service intimé n'a pas respecté les exigences posées par l'art. 12 al. 2 OPGA. A cet égard, il importe peu que la décision du 3 mars 2021 de la Police cantonale du commerce constituât un fait nouveau apparu au cours de la procédure d'opposition.

c) Dans ces conditions, la Cour de céans ne peut que constater que la décision sur opposition du 29 avril 2021 a été rendue en violation des garanties procédurales conférées par la loi et qu'elle doit par conséquent être annulée, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs soulevés dans le cadre du présent recours.

5. a) Aussi, le recours doit être admis, la décision sur opposition litigieuse annulée et la cause renvoyée au service intimé pour qu'il procède conformément à l'art. 12 al. 2 OPGA.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) La recourante, qui obtient gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité à titre de dépens à charge du service intimé qu'il convient, compte tenu de la complexité du litige et des opérations effectuées, d'arrêter à 1'500 fr. (cf. art. 61 let. g LPGA ; art. 55 LPA-VD ; art. 11 al. 1 et 2 TFJDA [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 BLV 173.36.5.1]).

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 29 avril 2021 par le Service de l'emploi est annulée, la cause étant renvoyée au Service de l'emploi pour qu'il procède au sens des considérants.

- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV. Le Service de l'emploi versera à B. _____ une indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le président :

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 Gilles Robert-Nicoud, à Lausanne (pour B. _____),
- Service de l'emploi, 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 :