

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 janvier 2022

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mme Dessaux et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Jeanneret

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourante,

et

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

Art. 41 LPGA ; 36 al. 1 LACI ; 17b Loi COVID-19

E n f a i t :

A. B._____ (ci-après : l'association ou la recourante) est une association à but non lucratif sise à [...], ayant pour but de favoriser l'activité artistique de [...]. Dans ce cadre, elle gère [...]. Selon le site internet [www.\[...\]](http://www.[...]), rubrique « Infos pratiques », « B._____, c'est quoi ? », l'association est coadministrée par J._____ et D._____.

B. Le 6 avril 2020, par son administrateur J._____, l'association a déposé auprès du Service de l'emploi un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour la période du 13 mars au 30 juin 2020 concernant l'ensemble de ses salariés, à 100 %, en raison de la fermeture totale ordonnée le 13 mars 2020 dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19.

Par décision du 13 mai 2020, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), a autorisé la caisse de chômage [...], pour autant que les autres conditions soient remplies, à verser à l'association l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 6 avril au 5 octobre 2020, pour un taux maximum de 27 % correspondant à la partie non subventionnée de la perte de travail, et pour autant que le montant de la subvention publique octroyé définitivement ne soit pas supérieur à ce qui a été annoncé.

Après avoir sollicité des explications par courriel sur les motifs pour lesquels l'indemnité ne prenait effet qu'au 6 avril 2020, l'association a formé opposition contre cette décision auprès du SDE par écriture non datée reçue le 10 juin 2020, concluant à l'admission intégrale de son préavis du 6 avril 2020.

Par décision rectificative du 25 juin 2020, le SDE a accordé l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à 100 % pour toute l'entreprise, du 6 avril au 31 août 2020.

L'association ayant entretemps déclaré maintenir son opposition concernant la question de la date de début d'octroi de l'indemnité, le SDE a rejeté l'opposition par décision sur opposition du 23 février 2021. Il a relevé qu'en raison de la situation particulière liée au COVID-19, le délai de préavis avait été temporairement supprimé, en ce sens que la date du dépôt du préavis faisait foi pour déterminer la date à compter de laquelle l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pouvait être octroyée, un octroi rétroactif n'ayant été admis que pour les établissements qui avaient dû fermer sans délai le 17 mars 2020 et qui avaient déposé leur préavis avant le 31 mars 2020.

C. Entre-temps, le 10 novembre 2020, J._____ a déposé une nouvelle demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au nom de l'association, sollicitant l'indemnité pour tous les employés de l'entreprise, à 100 %, pour la période du 4 au 30 novembre 2020, en raison de la décision du Conseil d'Etat de fermer les théâtres pour cette même durée.

Par décision du 20 novembre 2020, le SDE a autorisé la Caisse de chômage [...] à octroyer l'indemnité de réduction de l'horaire de travail pour toute l'entreprise, pour la période du 13 novembre 2020 au 12 février 2021. Dans la motivation, le SDE indiquait que, selon les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) portant sur les mesures édictées par les autorités en relation avec la pandémie de COVID-19, un délai de trois jours minimum devait être respecté en cas de dépôt du préavis entre trois et dix jours après l'entrée en vigueur des mesures prises par les autorités.

Par courriel adressé le 9 décembre 2020 au SDE, J._____ s'est étonné du fait que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'entre en vigueur que le 13 novembre 2020, alors que les théâtres avaient été fermés dès le 4 novembre 2020. Il a précisé que, lui-même atteint du COVID-19 durant cette période, il n'avait pu « trouver les forces pour remplir la demande RHT » que le 10 novembre 2020.

Le SDE a répondu, par courriel du lendemain, que le délai de préavis, déjà réduit à trois jours en vertu des directives fédérales, était un délai péremptoire.

Le 11 décembre 2020, l'association a formé opposition auprès du SDE contre la décision du 20 novembre 2020 précitée, concluant à l'octroi de l'indemnité à compter du 4 novembre 2020. Elle a fait valoir que J._____ était la seule personne de l'association habilitée à formuler une demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et qu'il avait été empêché d'agir entre le 30 octobre et le 10 novembre 2020 parce qu'il était « terrassé » par le COVID-19. L'association sollicitait par conséquent une restitution de délai. Elle a joint à son écriture, notamment, une copie d'écran de téléphone portable affichant un SMS du 1^{er} novembre 2020 annonçant que le test de dépistage du COVID-19 passé par J._____ était positif.

Par décision sur opposition du 11 mai 2021, le SDE a partiellement admis l'opposition du 11 décembre 2020 et réformé la décision litigieuse en ce sens que, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la Caisse [...] peut octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 10 novembre 2020 au 12 février 2021. Le SDE a refusé la restitution de délai requise par l'association en raison de la maladie de son administrateur J._____, considérant que l'association aurait pu mandater D._____, également membre de la direction, ou « tout autre tiers » pour effectuer les démarches nécessaires. Il a par ailleurs relevé que les directives édictées par le SECO en lien avec les différentes mesures exceptionnelles prises par les autorités en raison de la pandémie de COVID-19 ne prévoyaient un octroi rétroactif de l'indemnité que pour les entreprises concernées par les mesures prises par le Conseil fédéral avec effet au 18 décembre 2020, et non les entreprises touchées, comme l'association, par des mesures cantonales décidées avant cette date. Cependant, depuis le prononcé de la décision litigieuse, les délais de préavis avaient été provisoirement supprimés, de sorte que l'octroi de l'indemnité devait débiter à la date du dépôt du préavis.

D. Parallèlement, J._____ a déposé de nouvelles demandes d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au nom de l'association, les 17 janvier 2021 et 19 mai 2021.

Le SDE a alors autorisé la Caisse de chômage [...] à octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour toute l'entreprise du 13 février au 12 mai 2021 par décision du 4 mars 2021, puis du 13 mai au 12 novembre 2021 par décision du 9 juin 2021.

E. Par acte du 8 juin 2021 complété le 22 juin 2021, B._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 11 mai 2021, concluant implicitement à sa réforme en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est accordée à partir du 4 novembre 2020. Elle a fait valoir, en substance, que J._____, co-directeur, était tombé malade du COVID-19 le 31 octobre 2020, confirmé par un test positif communiqué le 1^{er} novembre 2020. Lorsque la fermeture des théâtres avait été ordonnée à compter du 4 novembre 2020, J._____ était dans l'incapacité de formuler une demande d'indemnité ou de déléguer cette tâche à une autre personne, ce jusqu'au 10 novembre 2020 car il se trouvait dans un état « juste avant le stade de l'hospitalisation », avec une fatigue telle qu'il dormait 20 heures par jour, qu'il négligeait de manger ou de boire et que, lorsqu'il était en état de veille, son esprit était « dans un brouillard épais ». Il avait perdu beaucoup de poids et son épouse avait même dû le forcer à boire pour qu'il ne se déshydrate pas. Dans ces conditions, contrairement à ce que l'intimé a retenu, il n'était pas en mesure de mandater M. D._____ ou un autre membre de la direction. La demande ayant été faite dès la fin de l'empêchement de J._____, les conditions d'une restitution de délai étaient remplies.

Répondant le 11 août 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision sur opposition. Se référant à l'argumentation développée dans ladite décision, il a relevé, d'une part, que le préavis aurait pu être déposé par D._____, autre membre de la

direction, et, d'autre part, que J._____ aurait pu lui-même mandater, malgré sa maladie, tout autre collaborateur chargé de la gestion administrative de l'association. Dans tous les cas, il appartenait à la recourante de s'annoncer, même par téléphone, dès que possible auprès du Service de l'emploi afin de sauvegarder ses droits. Il n'y avait dès lors aucun juste motif permettant d'excuser le dépôt tardif du préavis.

Par réplique du 5 septembre 2021, la recourante a fait valoir, en s'appuyant sur divers articles publiés sur internet, que le « brouillard mental » était un symptôme du COVID-19 touchant entre 30 et 40 % des patients, à l'instar de J._____. Cet état ne lui avait pas permis de déléguer sa mission de formuler une demande d'indemnité, étant précisé qu'il était resté malade pendant encore plusieurs jours après le dépôt du préavis litigieux.

Dans sa duplique du 28 septembre 2021, l'intimé a confirmé conclure au maintien de sa décision, en s'y référant ainsi qu'à ses 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. Est litigieuse la question de savoir si la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du 4 novembre 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.

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).

b) Conformément à l'art. 17b al. 1 de la 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) en vigueur du 1^{er} septembre 2020 au 31 décembre 2021 (RO 2021 153 ; FF 2021 285), aucun délai de préavis ne doit, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, être observé pour la réduction de l'horaire de travail. Le préavis doit

être renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois. Dans le cadre instauré par cette disposition, l'autorisation peut donc être octroyée à la date du dépôt du préavis. Ces ajustements ne sont effectués qu'à la suite d'une demande écrite à l'attention de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 (Directive SECO 2021/07 du 20 avril 2021 ch. 2.3b).

Selon l'art. 17b al. 2 de la Loi COVID-19, le début de la réduction de l'horaire de travail, pour les entreprises concernées par une réduction de l'horaire de travail en raison des mesures ordonnées par les autorités depuis le 18 décembre 2020, est autorisé, à leur demande, avec effet rétroactif à la date de l'entrée en vigueur de la mesure correspondante, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI.

4. Selon l'art. 41 LPGA, 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 trente 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_209/2012 du 26 juin 2012 consid. 3.1 ; TFA I 393/01 du 21 novembre 2001). La maladie peut être considérée comme un empêchement non fautif, si elle met la partie recourante ou son représentant légal objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par soi-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dans le délai (ATF 119 II 86 consid. 2 ; 112 V 255 ; TF 8C_898/2009 du 4 décembre 2009 et 8C_767/2008 du 12 janvier 2009 consid. 5.3.1).

Il incombe à la partie qui invoque un empêchement, afin d'obtenir la restitution d'un délai, de prouver les faits pertinents (conformément au principe général exprimé notamment à l'art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210] ; TF 1C_464/2008 du

25 novembre 2008 consid. 5.2 confirmé par TF 1F_1/2009 du 19 janvier 2009).

5. a) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

b) La procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois pas absolu et sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 125 V 193 consid. 2 et les références citées). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées).

6. En l'espèce, il est constant que, le 3 novembre 2020, le Canton de Vaud a notamment annoncé la fermeture des théâtres, à compter du 4 novembre 2020 à 17h00 et jusqu'au 30 novembre 2020. La recourante admet avoir déposé une demande d'indemnité en cas de réduction du temps de travail liée à cette fermeture le 10 novembre 2020 seulement. L'intimée a autorisé le versement de l'indemnité à compter de cette date, dès lors que la réglementation spécifique à la situation sanitaire ne permet

pas d'octroi rétroactif. La recourante ne conteste pas l'absence d'effet rétroactif, à juste titre. Elle conclut néanmoins à ce que le droit à l'indemnité lui soit reconnu dès le 4 novembre 2020 en faisant valoir que les conditions d'une restitution de délai sont réunies.

Il n'y a pas lieu de remettre en question le fait que J. _____ a été infecté par le COVID-19 peu de temps avant l'annonce de la fermeture des théâtres. Toutefois, outre le fait que ses allégations relatives à la gravité des symptômes subis par J. _____ et à la durée de sa maladie ne sont pas documentées, force est de constater que la recourante n'a pas démontré, au stade de la vraisemblance prépondérante, qu'elle n'était pas en mesure d'agir entre le 3 et le 10 novembre 2020. Certes, l'examen du dossier de l'intimé montre que, depuis le début de la pandémie, les relations entre la recourante et l'intimé ont été gérées par J. _____, qui a déposé personnellement toutes les demandes d'indemnités, qui a reçu et répondu aux courriels de l'intimé et qui a signé les oppositions auprès de l'intimé de même que les écritures rédigées dans le cadre du présent recours. Il n'en demeure pas moins que la recourante est une personne morale codirigée par deux personnes, comme l'indique son site internet. A défaut d'inscription au Registre du commerce mentionnant le contraire, les deux administrateurs peuvent représenter la recourante auprès des autorités. Or la recourante n'allègue aucun empêchement concernant D. _____ pour la période litigieuse. Ce dernier était au courant des démarches effectuées par J. _____ auprès de l'intimé au nom de l'association depuis le début de la crise sanitaire, puisqu'il a été mis en copie de certains courriels rédigés par J. _____ (cf. notamment pièce 29 du dossier de l'intimée). Il appartenait du reste à D. _____, en sa qualité de coadministrateur, de se tenir au courant des affaires de la société et de veiller à sa bonne marche, y compris d'un point de vue financier (art. 69 et 69a CC). Dans ce cadre, il lui incombait en particulier, à l'annonce d'une nouvelle fermeture des théâtres, de s'assurer qu'une demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail soit déposée au plus vite.

Au demeurant, il apparaît que J._____ disposait concrètement de ressources lui permettant, malgré la gravité alléguée de ses symptômes, d'annoncer son indisposition à l'association afin que celle-ci puisse prendre les mesures commandées par les circonstances pour sauvegarder ses intérêts. En effet, il ressort des écritures de la recourante que J._____, qui n'était pas hospitalisé entre le 3 et le 10 novembre 2020, pouvait compter sur son épouse pour lui procurer des soins. Cette dernière était donc également en mesure de prendre les mesures indispensables à la sauvegarde des intérêts de son mari.

Par conséquent, il y a lieu de retenir que la recourante était en mesure d'agir début novembre, dès l'annonce des nouvelles fermetures, malgré une éventuelle indisponibilité de J._____ et qu'elle ne peut se prévaloir d'aucun motif justifiant une restitution de délai au sens de l'art. 41 LPGA. Il en découle que l'intimé était fondé à autoriser l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à la recourante à partir du 10 novembre 2020, jour du dépôt du préavis, en application des règles applicables en la matière.

7. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. ^{fbis} 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 11 mai 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 :

- B. _____,
- 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 :