

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 février 2022

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Pasche et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourante,

et

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

Art. 31 al. 1 LACI ; 17b de la loi COVID-19

E n f a i t :

A. a) Le 14 mars 2020, F. _____ SA (ci-après : l'assurée ou la recourante), société active dans l'exploitation de cafés-restaurants et de tous établissements publics, a adressé un préavis de réduction de l'horaire de travail au Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé) en annonçant que les treize travailleurs de son établissement « [...] » sous contrat de durée indéterminée étaient touchés par une réduction totale de l'horaire de travail à la suite de la fermeture de cet établissement pour cause de coronavirus.

Par décision du 4 mai 2020, le SDE a informé l'assurée que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : indemnité RHT) lui était accordée du 14 mars au 13 septembre 2020, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, étant précisé que les indemnités devaient être revendiquées auprès de la caisse de chômage.

b) Le 22 octobre 2020, l'assurée a déposé une nouvelle demande d'indemnités RHT en faveur des quinze travailleurs de l'entreprise pour la période du 26 octobre 2020 au 31 mars 2021, annonçant une perte de travail prévisible de 50 % due à une baisse de chiffre d'affaires en raison des clients en télétravail, des nouvelles restrictions par mètres carrés, d'une future fermeture et des horaires réduits.

Par décision du 19 novembre 2020, le SDE a émis un préavis positif au versement d'indemnités RHT pour toute l'entreprise pour la période du 1^{er} novembre 2020 au 31 janvier 2021, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies.

c) Le 19 janvier 2021, l'assurée a sollicité l'octroi d'indemnités RHT à partir du 1^{er} février 2021 en raison de la fermeture du restaurant.

Le 2 février 2021, le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT aux employés de l'assurée du 1^{er} février au 30 avril 2021.

d) Le 19 mai 2021, l'assurée a adressé un nouveau préavis de réduction de l'horaire de travail au SDE, annonçant une perte de travail de 100 % à partir du 1^{er} mai 2021 en raison de la fermeture imposée par le COVID-19. Cinq des six employés de l'entreprise étaient concernés par cette RHT.

Dans le cadre d'un entretien téléphonique du 18 mai 2021 avec une collaboratrice du SDE, l'entreprise a précisé que la perte de travail était de 100 % pour le mois de mai 2021 et était estimée à 45 % pour l'avenir.

Par décision du 1^{er} juin 2021, le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT pour toute l'entreprise du 19 mai au 18 novembre 2021, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies. Il a précisé que l'octroi des indemnités ne pouvait intervenir qu'à compter du dépôt du préavis.

L'assurée a formé opposition contre cette décision le 1^{er} juin 2021. Elle a expliqué que la personne s'occupant de la partie administrative, qui n'était pas sur place tous les jours, avait tenté vainement à chaque venue de se connecter à la plateforme Job-Room, mais sans succès et que ce n'était que le 19 mai qu'elle avait enfin pu y accéder. Elle n'avait pas pensé que cela serait un problème compte tenu de la continuité des mesures et l'obligation de fermeture de son établissement. Elle a fait valoir qu'elle n'avait touché aucun revenu depuis le 25 décembre 2020 et qu'en l'absence de liquidités, il ne lui était pas possible de payer le salaire complet de son personnel.

Par décision sur opposition du 9 septembre 2021, le SDE a rejeté l'opposition formée par l'assurée et confirmé sa décision du 1^{er} juin 2021. Il a précisé que les délais de préavis avaient été suspendus dans le

cadre des mesures exceptionnelles en lien avec la pandémie de COVID-19 et que l'autorisation pouvait donc être octroyée à la date de dépôt du préavis. Les entreprises concernées par les mesures décidées à partir du 18 décembre 2020 pouvaient déposer une demande pour percevoir une indemnité en cas de RHT dès l'entrée en vigueur des mesures correspondantes, et ce, indépendamment de la date de remise du préavis. Ces ajustements n'étaient effectués qu'à la suite d'une demande écrite à l'attention de l'Autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021, comme le prévoyait la Directive n° 13 du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) du 30 juin 2021. Il a précisé que la plateforme Job-Room n'était qu'un des moyens parmi d'autres permettant de déposer un préavis, que, quand bien même l'entreprise se trouvait dans une situation précaire et en dépit de ses difficultés à se connecter à Job-Room, il ne saurait pour autant être retenu qu'elle avait été empêchée d'accomplir l'acte de procédure dans le délai fixé sans sa faute ou de charger une tierce personne de cette tâche, de sorte que le délai ne pouvait pas être restitué. Dans la mesure où le préavis avait été déposé le 19 mai 2021, soit après le 30 avril 2021, un octroi rétroactif de la RHT n'était pas possible.

B. Par acte du 16 septembre 2021 (date du timbre postal), F._____ SA a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à sa réforme en ce sens que le SDE préavise favorablement l'octroi d'indemnités RHT à partir du 1^{er} mai 2021. Elle a reconnu avoir commis une erreur en ne transmettant pas sa demande dans les temps, mais a souligné que les 19 jours non indemnisés concernaient une période où son établissement était fermé par décision du Conseil fédéral. La perte de travail avait été de 100 % durant le mois de mai puis de 45 % en raison des mesures restrictives. Elle a fait valoir que le montant de l'indemnité non versée pour cinq employés représentait « une goutte d'eau » pour l'administration, mais était financièrement très importante pour son établissement. Elle a précisé que la demande concernait cinq employés sur les six que comptait son établissement puisque le sixième employé était actionnaire de la société et n'avait, de manière aberrante, pas droit aux indemnités RHT. Elle a fait remarquer qu'elle avait toujours respecté

les délais jusque-là, que rien ne permettait de douter de sa bonne foi et que les démarches étaient complexes.

Dans sa réponse du 14 octobre 2021, le SDE a conclu au rejet du recours. Il a notamment considéré que la recourante n'apportait aucun élément permettant une restitution de délai.

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 1^{er} au 18 mai 2021.

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.

L'art. 36 al. 1, troisième phrase, LACI précise que le préavis est renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de trois mois.

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.

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), entré en vigueur de manière rétroactive au 1^{er} septembre 2020 (RO 2021 153 ; FF 2021 285) et dans sa teneur jusqu'au 17 décembre 2021 (RO 2021 878),

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. Toute modification rétroactive d'un préavis existant doit faire l'objet d'une demande auprès de l'autorité cantonale jusqu'au 30 avril 2021 au plus tard.

Dans le cadre instauré par cette disposition, le SECO a précisé dans ses directives que le délai de préavis pour les autorisations déjà délivrées pouvait être supprimé, avec effet rétroactif au 1^{er} septembre 2020, et l'autorisation reportée à la date du dépôt du préavis. Ces ajustements n'étaient 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, en vigueur du 20 mars 2021 (RO 2021 153) au 17 décembre 2021 (RO 2021 878), 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. La demande doit être déposée le 30 avril 2021 au plus tard auprès de l'autorité cantonale.

Dans ses directives, le SECO mentionne qu'une autorisation avec effet rétroactif à la date de fermeture n'est pas possible pour les entreprises concernées par des mesures cantonales décidées avant le 18 décembre 2020. Toutefois, les autorisations existantes peuvent être approuvées sur demande à partir de la date de dépôt du préavis et / ou prolongées pour six mois (Directive SECO 2021/07 du 20 avril 2021 ch. 2.3c).

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).

d) L'art. 58 al. 4 OACI réserve l'existence d'une excuse valable en cas de remise tardive du préavis. 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_54/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2 ; TF 9C_209/2012 du 26 juin 2012 consid. 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).

4. a) Il faut remarquer en préambule que c'est la société F._____ SA qui est partie à la procédure, en tant que personne morale inscrite au registre du commerce, et non pas l'établissement public « [...] » qu'elle exploite.

b) En mars 2021, un régime spécial a été instauré par l'art. 17b de la loi COVID-19 au niveau des délais de dépôt du préavis et de la durée des autorisations. L'octroi d'indemnités RHT pouvait intervenir sans délai de préavis et même de manière rétroactive 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, et l'autorisation était délivrée pour une durée de six mois. Ces possibilités étaient toutefois conditionnées au dépôt d'une demande à l'autorité cantonale au plus tard le 30 avril 2021.

Cette réglementation n'était pas encore en vigueur lors de l'annonce de RHT faite par la recourante le 19 janvier 2021 pour la période à partir du 1^{er} février 2021, ni au moment où le SDE a émis un préavis positif au versement de telles indemnités, en date du 2 février 2021, pour la période du 1^{er} février au 30 avril 2021.

Il faut constater que la recourante n'a ensuite pas sollicité l'extension à six mois du préavis positif émis par le SDE, comme elle en aurait eu la possibilité après l'introduction de l'art. 17b de la loi COVID-19, le 20 mars 2021, et avant la date limite du 30 avril 2021 fixée dans cette disposition.

La recourante était ainsi au bénéfice d'un préavis positif pour le versement d'indemnités RHT jusqu'au 30 avril 2021, date limite dont la recourante avait connaissance.

Celle-ci a adressé un nouvel avis de RHT au SDE en date du 19 mai 2021, en sollicitant l'octroi d'indemnités RHT à partir du 1^{er} mai 2021. Si un octroi de RHT de manière rétroactive en raison de mesures étatiques avait été possible auparavant, comme décrit ci-dessus, tel n'était plus le cas pour les demandes intervenues après le 30 avril 2021. A partir du 1^{er} mai 2021, l'octroi de RHT ne pouvait intervenir au plus tôt qu'au moment de l'annonce de RHT au SDE. Le délai de préavis existant usuellement en matière d'indemnités RHT selon l'art. 36 al. 1 LACI avait cependant été levé, de sorte que l'indemnité pouvait être versée dès la date de la demande.

c) Il faut reconnaître que le système et les délais en place ont varié au cours des mois et qu'il n'était pas forcément évident pour tout un chacun de s'y retrouver. Cela étant, il appartenait à la recourante de se

renseigner et d'effectuer les démarches en temps utile. Elle savait depuis l'établissement du préavis du SDE du 2 février 2021 que le versement d'indemnités RHT était autorisé en sa faveur jusqu'au 30 avril 2021. Elle avait ainsi amplement le temps de s'organiser pour solliciter la poursuite du versement de ces indemnités au-delà du 30 avril 2021. Elle avait d'ailleurs effectué cette démarche à l'avance courant janvier 2021, puisqu'elle avait adressé sa demande au SDE le 19 janvier 2021 en vue de percevoir des indemnités RHT à partir du 1^{er} février 2021.

Les démarches à effectuer ne sont par ailleurs pas particulièrement complexes et la recourante les avait déjà faites à plusieurs reprises. Dans sa décision sur opposition, le SDE relève en outre qu'elles pouvaient être faites par différents biais et non uniquement par la plateforme Job-Room.

Le versement d'indemnités RHT nécessite, de par la loi, une demande adressée en temps utile aux autorités compétentes. La recourante ne saurait dès lors rien tirer du fait que son café-restaurant était fermé sur décision étatique pendant la période du 1^{er} au 18 mai 2021, ni du fait qu'elle avait auparavant requis des indemnités RHT en respectant les délais. Faute de demande adressée au SDE avant le 19 mai 2021, il n'est pas possible d'autoriser le versement d'indemnités RHT pour la période du 1^{er} au 18 mai 2021. Les difficultés financières engendrées par l'absence d'indemnités durant cette période n'y changent rien, puisqu'il appartenait à la recourante de s'organiser pour déposer sa demande en temps utile.

Rien au dossier ne permet par ailleurs d'admettre qu'elle en aurait été empêchée au sens de l'art. 41 LPGA. Il apparaît au contraire qu'elle aurait été en mesure d'effectuer les démarches à temps ou de charger un tiers de le faire.

d) Finalement, le fait qu'il n'était pas possible de percevoir des indemnités RHT pour un des employés de la société, également actionnaire de celle-ci, est sans pertinence dans le présent litige. On peut

relever à cet égard que les personnes ayant une position assimilable à celle de l'employeur avaient à certaines conditions la possibilité de bénéficier d'allocations pour perte de gain en raison de la perte de travail liée aux mesures prises dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de COVID-19.

e) Au vu de ce qui précède, l'intimé était fondé à autoriser le versement à la recourante d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à partir du 19 mai 2021 seulement, 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
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 9 septembre 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 :

- F. _____,
- 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 :