

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 juin 2022

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
Mme Brélaz Braillard et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Mestre Carvalho

Cause pendante entre :

D. _____ SÀRL, à [...], recourante, représentée par Me François Gillard,
avocat à Belmont-sur-Lausanne,

et

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

Art. 41 LPGA ; art. 17b Loi Covid ; art. 58 al. 4 OACI.

E n f a i t :

A. La société D._____ Sàrl (ci-après également : la société ou la recourante), sise à [...], ayant pour associée gérante Z._____, a notamment pour but l'exploitation d'un café, bar et restaurant, ainsi que toute activité liée à la restauration en général. A ce titre, elle exploite un établissement public à l enseigne « R._____ », à [...].

Saisi de demandes successives (les 18 mars 2020, 5 novembre 2020 et 18 janvier 2021) de la société D._____ Sàrl s'inscrivant dans le contexte de la pandémie de coronavirus, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), a avalisé l'octroi d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT) au personnel de l'enseigne « R._____ » pour les périodes du 17 mars 2020 au 16 septembre 2020 (décision du 28 mars 2020, rectifiée le 6 mai 2020), du 4 novembre 2020 au 3 février 2021 (décision du 12 novembre 2020) et du 4 février 2021 au 3 mai 2021 (décision du 2 février 2021).

Le 2 juin 2021, invoquant la fermeture des cafés-restaurants par suite des mesures étatiques liées à la pandémie de Covid-19, la société D._____ Sàrl a déposé un nouveau préavis requérant le versement d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail en faveur du personnel de l'enseigne « R._____ », soit cinq collaborateurs, à compter du 5 mai 2021.

Répondant le 11 juin 2021 à un questionnaire complémentaire adressé par le SDE, la société D._____ Sàrl a indiqué que sa demande visait la période à compter du 1^{er} mai 2021, que la perte de travail était de 100 % pour le mois de mai 2021 et qu'elle était d'environ 40 à 50 % à partir du mois de juin 2021.

Par décision du 11 juin 2021, le SDE a admis la demande précitée et, sous réserve de la réalisation des autres conditions du droit, a autorisé le versement de l'indemnité requise pour la période du 2 juin au 1^{er} décembre 2021.

Par écriture du 14 juin 2021, la société D._____ Sàrl, agissant par la fiduciaire T._____, s'est opposée à la décision susdite. Elle a exposé qu'un changement de fiduciaire était intervenu au début de l'année 2021, que cette transition ne s'était pas déroulée sous les meilleurs auspices et qu'en particulier la décision RHT valable jusqu'au 3 mai 2021 n'avait pas été communiquée par l'ancienne fiduciaire, raison pour laquelle la prolongation pour le mois de mai 2021 avait été manquée. A cela s'ajoutait que l'établissement « R._____ » était resté totalement fermé durant le mois de mai 2021, de sorte que la société n'était pas en mesure de payer ses salariés sans les indemnités RHT. Par envois électroniques des 19 juillet et 18 août 2021, la fiduciaire T._____ a encore transmis différentes pièces comptables au SDE.

Par décision sur opposition du 16 septembre 2021, le SDE a rejeté l'opposition précitée et confirmé son précédent prononcé. Ledit service a notamment relevé que la société D._____ Sàrl n'avait déposé son préavis que le 2 juin 2021 et que, par conséquent, la demande ne pouvait être acceptée qu'à compter de cette date. La société ne faisait du reste valoir aucun juste motif permettant de restituer le délai en cause ; notamment, quand bien même l'entreprise n'était pas en mesure de récupérer ses documents auprès de son ancien fiduciaire, elle aurait malgré tout pu contacter l'autorité afin d'obtenir une copie de la décision manquante.

B. Désormais représentée par Me François Gillard, D._____ Sàrl a recouru le 16 octobre 2021 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition précitée, concluant principalement à son annulation, à l'annulation de la décision du 11 juin 2021, à la restitution du délai de préavis dès le 5 mai 2021 et à l'octroi d'indemnités RHT au personnel de l'enseigne « R._____ » dès et y compris le 5 mai 2021 ; subsidiairement, la recourante a demandé le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour complément d'instruction dans le sens des considérants. A titre de mesures d'instruction, elle a requis la tenue d'une audience afin de développer ses arguments et l'audition en

tant que témoin de Q._____, son précédent fiduciaire. En substance, la recourante s'est prévalu des problématiques nouvelles propres aux indemnités RHT dans le contexte de la pandémie de coronavirus, problématiques auxquelles s'étaient ajoutées les difficultés engendrées par le changement de fiduciaire en mars 2021. A cela s'ajoutait qu'un dossier était ouvert auprès de l'autorité depuis l'automne 2020 et que la poursuite régulière du versement de l'indemnité avait ainsi endormi la vigilance de la nouvelle fiduciaire. Sous l'angle de l'égalité de traitement, la recourante a soutenu que le SDE avait très souvent fait preuve de souplesse dans l'octroi de l'indemnité litigieuse mais aussi en matière de restitution de délai et ce notamment dans des cas concernant des amis, concurrents ou partenaires. Finalement, la recourante a estimé que les conditions d'une restitution de délai étaient réalisées en l'occurrence, attendu que tant elle-même que la fiduciaire T._____ n'étaient pas en faute, le respect du délai en cause ne leur incombant pas ou ne leur incombant pas directement, et que le précédent mandataire ne pouvait pas non plus être tenu pour fautif dans la mesure où il avait été empêché d'agir en temps utile en raison d'un problème de santé. La recourante a subsidiairement fait valoir que la faute commise était excusable. Elle a en particulier allégué qu'il était compliqué de ne pas faire d'oublis ou d'erreurs dans le contexte particulier de l'époque et qu'elle s'était de bonne foi attendue à ce que son ancien fiduciaire fasse le nécessaire. Si elle avait en outre déjà mandaté T._____ à ce moment-là, le travail de préparation lié à la reprise des dossiers était toutefois en cours au mois de mai 2021 et la transmission des pièces avait encore été retardée par le burn-out de l'ancien fiduciaire ; ainsi, la décision rendue en décembre 2020 (sic) - qui ne comportait qu'une mention « *discrète, respectivement trop discrète, et donc quasi invisible* » des exigences en matière de délai lors d'un renouvellement - n'avait été remise que tardivement à la nouvelle fiduciaire. La recourante en a déduit que le délai devait par conséquent être restitué.

Dans sa réponse du 17 novembre 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours. Le SDE a tout d'abord relevé que la précédente autorisation RHT prenait fin le 3 mai 2021 et que l'entreprise avait ainsi

jusqu'au 4 mai 2021 pour faire le nécessaire afin de sauvegarder ses droits. Or, dans la mesure où la recourante avait résilié son mandat avec l'ancien fiduciaire et mandaté T._____ en mars 2021, tant D._____ Sàrl que T._____ étaient compétents pour demander la prolongation de l'autorisation RHT à compter du 1^{er} avril 2021. Peu importait que la recourante ait ignoré l'échéance de la précédente autorisation RHT ; outre que cette information aurait pu être aisément obtenue auprès du SDE, il demeurait que rien n'empêchait l'entreprise ou le nouveau mandataire de déposer un nouveau préavis RHT entre le mois d'avril et le 4 mai 2021. La violation par l'ancien fiduciaire de son devoir de restitution dans le cadre de la résiliation d'un contrat de mandat était une prétention de droit privé qui ne concernait aucunement le SDE et ne justifiait pas une restitution de délai. Au surplus, le fait que la fiduciaire T._____ attende durant plusieurs mois la transmission de documents ayant trait à la RHT ne constituait pas une erreur excusable, s'agissant d'une entreprise dont le métier était la gestion d'affaires pour autrui.

Par réplique du 13 décembre 2021, la recourante a persisté dans ses motifs et conclusions.

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 la question de savoir si la recourante peut prétendre à l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 5 mai au 1^{er} juin 2021.

On précisera ici que l'objet de la contestation de la présente procédure judiciaire est circonscrit à la décision sur opposition du 16 septembre 2021, celle-ci ayant remplacé la décision du 11 juin 2021 - laquelle n'a dès lors plus d'existence propre et autonome faute d'être entrée en force de chose décidée - et clos la procédure administrative (TF 9C_1078/2009 du 12 juillet 2010 consid. 2.1 et 9C_1015/2009 du 20 mai 2010 consid. 3.1 avec les références citées ; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4^e édition, Zurich 2020, n° 74 ad art. 52 LPGA). Partant, en tant qu'elles tendent à l'annulation de la décision du 11 juin 2021, les conclusions de la recourante ne sont pas recevables.

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 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 (ch. G7 Bulletin LACI RHT).

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

aa) Conformément à l'art. 17b al. 1 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 suite à son adoption le 19 mars 2021 (RO 2021 153 ; FF 2021 285) et considéré ici 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.

bb) 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.

c) L'art. 58 al. 4 OACI réserve l'existence d'une excuse valable en cas de remise tardive du préavis.

Cette disposition doit être mise en relation avec l'art. 41 LPGA, qui 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 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). 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).

4. **a)** A titre liminaire, il y a lieu de relever que c'est bien la société D._____ Sàrl qui est partie à la procédure, en tant que personne morale inscrite au registre du commerce, et non pas l'établissement public « R._____ » qu'elle exploite.

b) Cela posé, il y a lieu de préciser que les modalités particulières introduites en mars 2021 par le biais de l'art. 17b Loi COVID-19 – tant au niveau des délais de dépôt du préavis que de la durée des autorisations, avec un octroi rétroactif possible 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 – n'étaient pas encore en vigueur lors de la demande d'indemnités déposée le 18 janvier 2021 par la recourante, ni au moment du prononcé de la décision du 2 février 2021 par laquelle le SDE a avalisé le versement des indemnités pour la période du 4 février au 3 mai 2021. La recourante n'a ensuite pas sollicité l'extension à six mois de ce dernier préavis, comme elle en aurait eu la possibilité après l'introduction de l'art. 17b de la loi COVID-19, dès le 19 mars 2021 et avant la date limite du 30 avril 2021 fixée dans cette disposition. En d'autres termes, l'autorisation délivrée le 2 février 2021 est, de fait, effectivement arrivée à échéance le 3 mai 2021.

C'est en date du 2 juin 2021 que la société D. _____ Sàrl s'est une nouvelle fois annoncée auprès du SDE, afin d'obtenir des indemnités pour réduction de l'horaire de travail avec effet au 5 mai 2021. Si l'octroi rétroactif des indemnités en raison de mesures étatiques avait certes été possible précédemment, comme décrit ci-dessus, tel n'était toutefois plus le cas pour les demandes intervenues après le 30 avril 2021. A partir du 1^{er} mai 2021, l'octroi des indemnités ne pouvait ainsi intervenir au plus tôt qu'au moment de l'annonce faite auprès du SDE, soit en l'occurrence au 2 juin 2021, le délai de préavis existant usuellement en la matière (art. 36 al. 1 LACI) ayant été levé.

Sous cet angle, la décision entreprise n'est donc pas critiquable.

c) A sa décharge, la recourante invoque les problématiques nouvelles liées à la réglementation mise sur pied en matière de RHT dans le cadre de la pandémie de coronavirus. Il est certes indéniable que l'évolution de la pandémie a engendré plusieurs adaptations du régime juridique applicable. Rien ne démontre toutefois que la recourante n'était pas à même d'en saisir la portée et d'agir en conséquence ou de se renseigner à tout le moins en cas de doute – à l'instar de bon nombre d'entreprises confrontées à des situations analogues. Peu importe, à cet égard, que la société D. _____ Sàrl ait recouru aux services d'un fiduciaire tombé malade, ou qu'elle ait rencontré des difficultés lors du

changement de fiduciaire en mars 2021 (cf. mémoire de recours du 16 octobre 2021 p. 3 ss). Il apparaît en effet que les demandes RHT déposées auprès du SDE ont toutes été établies directement au nom de la société D._____, Sàrl, et plus particulièrement de son associée gérante Z._____, et que les décisions délivrées par ledit service ont toutes été adressées à l'enseigne « R._____ » à [...]. Avant l'opposition du 14 juin 2021, la procédure ne s'est donc jamais déroulée par l'entremise d'une quelconque société fiduciaire. Plus spécifiquement, la décision du 2 février 2021 allouant l'indemnité RHT pour la période du 4 février au 3 mai 2021 a été réceptionnée par la recourante, à l'adresse de l'établissement « R._____ », de sorte que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle soit attentive à l'échéance clairement mise en évidence dans ce contexte. Dès lors que les différentes démarches en matière de RHT avaient jusqu'alors toujours été accomplies par la recourante, cette dernière ne saurait par conséquent se retrancher derrière la maladie de son précédent fiduciaire ou les difficultés survenues lors de la reprise de mandat en mars 2021 pour excuser sa totale passivité entre l'échéance du 3 mai 2021 et la demande déposée le 2 juin 2021. De telles circonstances devaient bien au contraire l'inciter à entreprendre – soit directement, soit indirectement par l'entremise d'une nouvelle fiduciaire dûment mandatée – les actions nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts. En tout état de cause, on ajoutera encore à ce sujet que la faute du mandataire ou d'un auxiliaire est imputable à la partie elle-même (TF 1C_110/2008 d 19 mai 2008 consid. 3.1 ; voir également TF 8C_743/2019 20 décembre 2019 consid. consid. 4.3 et les références citées). Partant, tant les éventuels manquements de l'ancien fiduciaire lors de la reprise de mandat que la passivité de la fiduciaire T._____ avant l'opposition du 14 juin 2021 sont, en définitive, imputables à la recourante. Enfin, le versement d'indemnités RHT au cours de précédentes périodes ne saurait être considéré comme une circonstance atténuante (cf. mémoire de recours du 16 octobre 2021 p .5) mais justifiait à l'inverse, dans le contexte spécifique des nombreuses adaptations introduites pour faire face à la pandémie de coronavirus, une attention particulière de la part de la recourante, respectivement de ses mandataires successifs.

En d'autres termes, les circonstances du cas particulier ne sont donc clairement pas assimilables à un empêchement non fautif.

C'est par ailleurs le lieu de souligner que l'on peine à comprendre les arguments de la recourante en lien avec une décision rendue au cours du mois de décembre 2020 (cf. mémoire de recours du 16 octobre 2021 p. 3 et 7). En effet, le dossier ne contient aucune décision datée de cette période. Sous cet angle, on ne peut donc qu'écartier l'argumentation de la recourante.

d) Invoquant l'égalité de traitement, la recourante fait encore valoir que le SDE aurait fait preuve de souplesse dans l'octroi d'indemnités RHT ou de restitutions de délais en faveur de tiers – amis, concurrents ou partenaires (cf. mémoire de recours du 16 octobre 2021 p. 5).

Force est toutefois de constater que la société D._____ Sàrl s'est gardée de documenter une quelconque inégalité de traitement. Cela étant, la Cour ne peut que rappeler que le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, un justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 139 II 49 consid. 7.1 et les références citées ; plus récemment TF 1C_337/2020 du 10 février 2021 consid. 4.2 ; TF 1C_338/2019 du 24 juin 2020 consid. 3.1.2 ; TF 1C_627/2018 du 4 septembre 2019 consid. 4.1). Dès lors, le grief soulevé par la recourante tombe à faux.

De surcroît, un justiciable ne peut prétendre à « *l'égalité dans l'illégalité* » que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49

consid. 7.1 et les références précitées). Cette jurisprudence n'est de toute évidence pas applicable en l'espèce.

e) Au vu de ce qui précède, l'intimé était par conséquent fondé à autoriser le versement à la recourante d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à partir du 2 juin 2021 seulement, soit le jour du dépôt du préavis.

Enfin, il n'apparaît pas que l'appointement d'une audience afin de développer les arguments déjà exposés ou l'audition du précédent fiduciaire de la recourante, tel que sollicités par cette dernière (cf. mémoire de recours du 16 octobre 2021 p. 9), seraient de nature à modifier les considérations qui précèdent. Il y a donc lieu d'y renoncer, par appréciation anticipée des preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et 134 I 140 consid. 5.3 avec les références citées).

5. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. fbis LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II.** La décision sur opposition rendue le 16 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 :

- Me François Gillard (pour D. _____ 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 :