

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 mai 2022

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

Cause pendante entre :

W._____ SÀRL, à [...], recourante, représentée par Me Stefano Fabbro,
avocat à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance juridique chômage, à Lausanne,
intimé.

Art. 31 al. 1, 32 al. 3 et 33 al. 1 let. a LACI ; art. 17 al. 1 Loi COVID-19 ; art. 51 OACI

E n f a i t :

A. La société W._____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante) a pour but l'exploitation d'un [...].

Depuis le mois de mars 2020, la société a adressé plusieurs préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) au Service de l'emploi, Instance juridique chômage, (ci-après : le SDE ou l'intimé). Cette autorité a régulièrement autorisé la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse), pour autant que les autres conditions soient remplies, à verser à la société les indemnités RHT requises, ce pour une période allant jusqu'au 28 février 2021.

Le 15 janvier 2021, la société a transmis au SDE un nouveau préavis annonçant que ses quatorze employés, au bénéfice de contrats de durée indéterminée, étaient concernés par une perte de travail de 100 % entre le 1^{er} janvier et le 30 avril 2021.

Par décision du 1^{er} février 2021, le SDE a décidé que, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la Caisse pouvait octroyer à la société des indemnités RHT du 1^{er} mars au 31 mai 2021.

Il ressort d'un courriel du 3 juin 2021 de la Caisse que cette autorité a été informée du fait que des travaux étaient en cours au sein des locaux dans lesquels la société déployait son activité, situation qui empêchait l'exploitation [...]. Les informations trouvées sur Internet attestaient de la fermeture des locaux jusqu'au 5 juillet 2021 pour cause de travaux.

Interpellée, la société a indiqué que des travaux concernant les locaux où elle exploitait [...] devaient se dérouler entre le 11 mai et le 30 juin 2021, la réouverture de son établissement étant prévue pour le 5 juillet 2021. Elle a expliqué que sa propriétaire avait profité de la fermeture ordonnée par les autorités en lien avec le COVID-19 pour

procéder à la réfection et à la rénovation des lieux (courrier du 21 juin 2021).

Le 29 juin 2021, le SDE a rendu une décision rectificative faisant suite au réexamen du préavis de réduction de l'horaire de travail du 15 janvier 2021 et a décidé que, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la Caisse pouvait octroyer à la société des indemnités RHT du 1^{er} mars au 10 mai 2021. Le SDE a considéré que les travaux réalisés constituaient une perte de travail due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur devait assumer.

La société, représentée par Me Stefano Fabbro, s'est opposée à la décision précitée par envoi du 29 juillet 2021. Elle a notamment fait valoir que les travaux effectués avaient été organisés ensuite de la fermeture des établissements publics par le Conseil fédéral.

Par décision sur opposition du 17 novembre 2021, le SDE a rejeté l'opposition formée par la société.

B. Par acte du 20 décembre 2021, W._____ Sàrl, toujours représentée par Me Fabbro, a recouru à l'encontre de la décision sur opposition précitée, concluant à son annulation.

Par réponse du 18 janvier 2022, le SDE a conclu au rejet du recours.

Par réplique du 14 février 2022, W._____ Sàrl a maintenu ses précédents moyens 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 le droit de la recourante à des indemnités RHT pour la période du 11 au 31 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).

Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.1).

La perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI), et si elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 let. b LACI).

Dans les cas dits « de rigueur », l'art. 32 al. 3 LACI permet d'accorder l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour des motifs autres qu'économiques. Cette règle s'écarte ainsi de la logique du système d'indemnisation, qui veut que seules les pertes de travail causées par des motifs économiques puissent être prises en considération. Ces « cas de rigueur » consistent en des risques d'exploitation suffisamment inhabituels pour qu'ils ne puissent être assumés par les seuls employeurs (ATF 138 V 333 consid. 3.2 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 15 ad art. 32 LACI). Ils sont regroupés en trois catégories :

- ceux qui ont pour origine une mesure prise par l'autorité (art. 51 OACI),
- ceux qui sont dus à des causes indépendantes de la volonté de l'employeur (art. 51 OACI), et
- ceux qui sont dus au manque de clientèle en raison des conditions météorologiques (art. 51a OACI).

Les pertes de travail en question ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (art. 51 al. 1 OACI).

b) Une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien, ou à d'autres interruptions habituelles et réitérées de l'exploitation, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI). Doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a

LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; TFA C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 3 et C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2.1).

L'exception de l'art. 33 al. 1 let. a LACI ne vaut pas seulement pour les pertes de travail dues à des facteurs d'ordre économique selon l'art. 32 al. 1 LACI, mais s'applique également aux cas de rigueur au sens de l'art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (ATF 138 V 333 consid. 4.2.1 et 128 V 305 consid. 4b). Ainsi, si, en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, l'une des conditions de l'art. 33 LACI est réalisée, l'indemnisation est exclue (Rubin, op. cit., n^{os} 18 ad art. 32 LACI et 5 ad art. 33 LACI).

c) Différentes mesures spécifiques ont été adoptées en vue de lutter contre l'épidémie de COVID-19 et de surmonter ses conséquences.

Selon l'art. 17 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 812.102), en vigueur du 1^{er} septembre 2020 au 31 décembre 2021 (RO 2021 153 ; FF 2021 285), le Conseil fédéral peut édicter des dispositions dérogeant à la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage sur le droit à l'indemnité et le versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les

formateurs qui s'occupent d'apprentis (let. a), la non-prise en compte des périodes de décompte durant lesquelles la perte de travail a été supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise (art. 35 al. 1^{bis} LACI) à partir du 1^{er} mars 2020 (let. b), la prolongation des délais-cadres applicables à la période d'indemnisation et à la période de cotisation des assurés qui ont eu droit à 120 indemnités journalières au plus entre le 1^{er} mars et le 31 août 2020 (let. c), le déroulement de la procédure de préavis et d'indemnisation de la réduction de l'horaire de travail ainsi que sur la forme du versement de l'indemnité (let. d), le droit à l'indemnité et le versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les travailleurs sur appel qui ont un contrat de travail à durée indéterminée (let. e), le droit à l'indemnité et le versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les personnes visées à l'art. 33 al. 1 let. e LACI (let. f), le délai d'attente visé à l'art. 32 al. 2 LACI (let. g) et la durée maximum de l'indemnisation visée à l'art. 35 al. 2 LACI (let. h).

4. 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).

5. a) En l'occurrence, il est constant que, le 15 janvier 2021, la recourante a adressé à l'intimé un préavis tendant à l'octroi d'indemnités RHT pour la période dès le 1^{er} mars 2021 (dès lors qu'elle s'était vu octroyer de telles indemnités jusqu'au 28 février 2021). Les parties conviennent en outre qu'entre le 11 mai et le 30 juin 2021, les locaux dont la recourante est locataire ont fait l'objet de travaux dont la nature l'empêchait de déployer son activité économique.

L'intimé a refusé d'octroyer les indemnités RHT demandées dès le 11 mai 2021, en application de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, considérant que les travaux avaient généré une perte de travail ne devant pas être prise en considération.

b) Admettant qu'en cas normal, la perte de travail générée par des travaux tels que ceux effectués dans les locaux qu'elle loue ne devait pas donner lieu à la perception d'indemnités RHT, la recourante considère qu'au vu du caractère exceptionnel de la situation engendrée par la pandémie de COVID-19, il ne saurait être question d'appliquer les règles usuelles à sa demande d'indemnités RHT. Elle estime que les ordonnances adoptées par le Conseil fédéral en lien avec le COVID-19 n'interdisaient pas les travaux réalisés par sa propriétaire et relève qu'aucun texte légal adopté durant cette période ne mentionnait que de tels travaux devaient empêcher la perception d'indemnités RHT.

Selon le principe de la légalité, toute compétence étatique doit reposer sur une base légale et être exercée selon les modalités prévues par la loi (art. 5 al. 1 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]). Comme relevé ci-dessus, l'art. 33 al. 1 let. a

LACI prévoit expressément que la perte de travail due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise ne doit pas être prise en considération pour déterminer le droit à des indemnités RHT. Le libellé de l'art. 17 Loi COVID-19 est particulièrement clair quant aux dispositions de la LACI pouvant faire l'objet de dérogations et ne prévoit aucune caution en lien avec les pertes de travail à (ne pas) prendre en considération. Il y a ainsi lieu de retenir, à l'issue de l'interprétation littérale de cette norme, que les règles usuelles de la LACI s'appliquent au cas d'espèce et qu'en conséquence, la recourante ne saurait se voir allouer des indemnités RHT pour la période du 11 au 31 mai 2021. Le fait que l'exclusion prévue par l'art. 33 al. 1 let. a LACI concerne également les cas dans lesquels la perte de travail résulte de mesures prises par les autorités (art. 32 al. 3 LACI) signifie précisément qu'elle s'étend à des situations dans lesquelles ces mesures sont antérieures aux circonstances fondant dite exclusion (cf. consid. 3b *in fine supra*). Ainsi, même à admettre que la décision de procéder aux travaux litigieux a été prise après la fermeture des établissements publics par les autorités – ce qui n'est au demeurant pas démontré (cf. consid. 4b *supra*) –, cela est sans effet sur le droit aux indemnités RHT.

En outre, la recourante ne saurait tirer argument du silence de la réglementation adoptée en lien avec le COVID-19 concernant les conséquences de la réalisation de travaux sur les indemnités RHT. Comme on l'a expliqué, les mesures prises en lien avec la pandémie ne modifiaient pas les conditions d'obtention de ces indemnités de sorte que la recourante n'avait aucune raison de croire – en l'absence de base légale claire à cet égard – que le système prévu par les art. 32 ss LACI ne trouverait pas application.

c) La recourante relève qu'à la suite des décisions administratives prises à l'époque, son établissement aurait dû être fermé durant la période considérée – ce même en l'absence de travaux –, qu'il était dès lors logique de profiter de cette fermeture pour procéder aux rénovations et réfections effectuées et qu'en vertu de ces circonstances exceptionnelles, le droit aux indemnités RHT devrait être reconnu.

On ne saurait suivre la recourante sur ce point. En effet, admettre ce raisonnement conduirait à avantager les personnes qui – bénéficiant d'indemnités RHT – procèdent en même temps à des travaux et reviendrait à créer une inégalité de traitement avec les exploitants qui, face à un besoin de rénovations similaire, doivent fermer un établissement en temps normal (soit en l'absence de pandémie) ou après la période durant laquelle les autorités ont décidé d'une fermeture. Le fait que la propriétaire des locaux et la recourante auraient pu s'organiser autrement est sans effet à cet égard.

d) En définitive, il y a lieu de retenir que l'intimé était fondé à rejeter la demande de la recourante de bénéficier d'indemnités RHT entre le 10 et le 31 mai 2021.

6. a) Le recours doit 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 recourante qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision rendue le 17 novembre 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 Stefano Fabbro (pour W. _____ 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 :