

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 septembre 2022

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Pasche et Berberat, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

B.C. _____, au [...], recourant, représenté par **B.** _____ Sàrl,
B. _____, au [...], recourante,

et

Y. _____, à [...], intimée.

Art. 35 al. 1^{bis} LACI

E n f a i t :

A. B._____ Sàrl, dont le siège est au [...], est active dans le domaine de la décoration horlogère et occupe deux employés, A.C._____ et B.C._____. A.C._____ en est l'associé gérant avec signature individuelle.

En mars 2020, B._____ Sàrl a déposé une demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail dans le contexte de la pandémie de COVID-19 auprès du Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : la Direction générale de l'emploi et du marché du travail).

Le 31 mars 2020, le SDE a émis un préavis positif au versement de telles indemnités pour toute l'entreprise pour la période du 18 mars 2020 au 17 septembre 2020.

B._____ Sàrl a régulièrement fait parvenir des décomptes d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à la Caisse de chômage Y._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée) à partir du mois de mars 2020. Elle a fait valoir une perte de travail de 50 % pour le mois de mars 2020, puis de 100 % à partir d'avril 2020.

Elle a perçu des indemnités pour ses deux employés dans un premier temps, puis seulement pour B.C._____, A.C._____ n'y ayant plus droit dès juin 2020 du fait de sa position assimilable à celle d'un employeur.

Le SDE a émis de nouveaux préavis en faveur du versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 1^{er} septembre 2020 au 28 février 2021. Par décision du 6 mai 2021, il a préavisé favorablement le versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 8 avril au 7 octobre 2021.

Par courriel du 25 mai 2021, la Caisse a indiqué à B._____ Sàrl qu'elle ne pouvait pas bénéficier de droit à la prestation d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période de mars 2021 étant donné que son précédent droit avait pris fin en date du 28 février 2021 et qu'un nouveau droit n'avait été octroyé qu'à partir du 8 avril 2021.

B._____ Sàrl a touché des indemnités pour réduction de l'horaire de travail en faveur de B.C._____ d'avril à juillet 2021, en lien avec une perte de travail de 100 %.

En réponse à un courriel de la Caisse du 2 juillet 2021, B._____ Sàrl a expliqué, par courrier du 6 juillet 2021, qu'elle faisait encore face à une activité réduite dans la mesure où elle était spécialisée dans la décoration horlogère et que l'annulation des événements horlogers en raison des restrictions sanitaires avait entraîné une baisse importante des commandes.

Par décision du 21 septembre 2021, la Caisse a nié le droit de B._____ Sàrl à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période d'août 2021 au motif qu'elle avait épuisé le droit maximal pour le délai-cadre courant, à savoir quatre mois de perte de travail dépassant 85 % de l'horaire normal de l'entreprise. Elle a précisé que les périodes de décompte pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mars 2021 n'étaient pas prises en compte pour la durée maximale de perception en cas de perte de travail de plus de 85 %. Elle a ensuite constaté qu'au cours du délai-cadre ouvert dès le 31 mars 2020, l'entreprise avait déjà été indemnisée pour les mois d'avril, mai, juin et juillet 2021 en raison d'une perte de travail de plus de 85 % de l'horaire normal. La perte de travail supérieure à 85 % pour le mois d'août 2021 ne pouvait par conséquent plus être prise en considération.

B._____ Sàrl a formé opposition à cette décision en date du 28 septembre 2021. Elle a fait valoir qu'un seul employé était concerné

par la demande d'indemnité, de sorte que la perte de travail de l'entreprise ne dépassait pas 85 %. Il s'agissait d'une demande temporaire car les commandes augmentaient peu à peu si bien qu'une reprise progressive du travail de cet employé était envisagée dès le mois d'octobre 2021. Elle a précisé que la demande d'indemnité pour le mois de mars 2021 avait également été refusée à la suite d'une erreur lors de la transmission et qu'elle avait donc dû verser l'intégralité du salaire, ce qui était particulièrement difficile dans cette situation.

Le 1^{er} novembre 2021, B. _____ Sàrl a produit, à la demande de la Caisse, les demandes et décomptes d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, ainsi que les rapports d'heures travaillées pour les périodes d'avril et mai 2021.

Le 16 novembre 2021, le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 8 octobre 2021 au 7 janvier 2022.

Par décision sur opposition du 22 novembre 2021, la Caisse a rejeté l'opposition formée et confirmé sa décision du 21 septembre 2021. Elle a exposé que la perte de travail était déterminée sur la base de l'ensemble des travailleurs ayant droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et que l'entreprise ne comptait que deux employés, dont l'un, en sa qualité d'associé gérant, entré dans le champ des personnes qui n'avaient pas le droit aux prestations en raison d'une position décisionnaire au sein de l'entreprise. Partant, seul un employé entré dans le cercle des ayants droit et la perte de travail totale invoquée excédait 85 %. Elle a précisé que le grief en lien avec la période de décompte de mars 2021 excédait l'objet du litige, qui était circonscrit à la période de décompte d'août 2021.

Par décision du 29 novembre 2021, la Caisse a nié le droit de B. _____ Sàrl à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période de septembre et octobre 2021, au motif qu'elle avait épuisé le droit maximal à de telles indemnités pendant le délai-cadre

courant, à savoir quatre mois de perte de travail dépassant 85 % de l'horaire normal de l'entreprise.

Par courrier du 30 novembre 2021, B._____ Sàrl a fait savoir qu'elle avait reçu de nouvelles commandes qui lui permettaient de reprendre ses activités graduellement et a sollicité de l'aide dans l'attente d'une reprise à 100 %.

Le 26 décembre 2021, elle s'est opposée à la décision du 29 novembre 2021. Elle a rappelé qu'elle n'avait pas été indemnisée durant quatre mois, dont le mois de mars 2021 en raison d'une erreur de transcription. Elle a fait valoir qu'elle était dans l'incapacité de verser l'intégralité des salaires manquants, que son employé avait pu reprendre son travail à temps partiel à partir de novembre 2021 et que l'entreprise devrait retrouver son équilibre rapidement.

Par décision sur opposition du 17 janvier 2022, la Caisse a rejeté l'opposition formée le 26 décembre 2021 et confirmé sa décision du 29 novembre 2021. La reprise de l'activité à temps partiel ne changeait rien au fait que l'entreprise avait épuisé son droit à des indemnités en cas de perte de travail supérieure à 85 % pendant quatre mois à compter d'avril 2021. Vu la perte de 100 % annoncée pour septembre et octobre 2021, la demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail devait donc être refusée pour les périodes de décompte de septembre et octobre 2021.

B. Par actes des 22 décembre 2021 et 15 février 2022 (date des timbres postaux), B._____ Sàrl et B.C._____ ont recouru contre ces décisions sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à leur annulation et à l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour les mois d'août à octobre 2021. B._____ Sàrl a fait valoir que la décision sur opposition du 22 novembre 2021 mentionnait de manière erronée que la demande avait été faite pour A.C._____, gérant de la société, ce qui n'était pas correct, la demande concernant uniquement B.C._____. Elle a

rappelé qu'elle avait déjà dû verser l'intégralité du salaire du mois de mars 2021, lequel n'avait pas été indemnisé en raison d'une erreur lors de la transmission. Elle s'est prévalué du fait que son employé avait pu reprendre son travail à temps partiel à partir de novembre 2021 et qu'elle était dans l'incapacité de verser l'intégralité des salaires manquants.

Par réponses des 24 janvier et 23 mars 2022, la Caisse a conclu au rejet des recours. Elle a toutefois reconnu une erreur de plume dans sa décision du 22 novembre 2021, dans le sens où la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail avait effectivement été déposée pour l'employé B.C._____ et non pas pour A.C._____.

Dans sa réplique du 11 février 2022, B._____ Sàrl a invoqué qu'elle ne comprenait pas pourquoi l'erreur de frappe qu'elle avait faite lors de la demande d'indemnités pour le mois de mars - qui avait conduit à un refus bien qu'elle remplisse tous les critères demandés - devrait être sanctionnée et pas celle commise par la Caisse.

Par duplique du 21 février 2022, la Caisse a considéré que l'allégation portant sur le mois de mars 2021 excédait l'objet du litige et devait être déclarée irrecevable. Elle a précisé cependant qu'elle n'avait jamais eu à se positionner formellement sur le droit aux prestations pour mars 2021, en l'absence de décision de l'autorité cantonale pour cette période, et rappelé que la recourante avait été invitée à prendre contact avec l'autorité cantonale à ce propos.

E n d r o i t :

1. L'art. 24 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36) prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Dans la mesure où les recours des 22 décembre 2021 et 15 février 2022 se rapportent à une situation de faits identique et à une

cause juridique commune, il convient de joindre les causes ACH 298/21 et ACH 33/22, et de se prononcer sur les deux recours dans un seul et unique arrêt.

2. 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, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance 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, déposés en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), les recours sont recevables.

c) Il convient de préciser que l'employeur a qualité pour recourir contre une décision de refus d'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 111 V 387 consid. 1c).

3. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé. Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en principe irrecevables (ATF 144 II 359 consid. 4.3 ; 142 I 155 consid. 4.4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) Le litige porte sur le point de savoir si B._____ Sàrl peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les mois d'août, septembre et octobre 2021 en faveur de B.C._____.

En revanche, la question du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le mois de mars 2021 excède l'objet du présent litige. Celle-ci ne fait en effet pas l'objet des décisions sur opposition de la Caisse, mais résulte de la décision du SDE du 6 mai 2021. Dans sa décision sur opposition du 22 novembre 2021, la Caisse a d'ailleurs précisé que le motif allégué en lien avec la période de décompte de mars 2021 n'était pas recevable car il excédait l'objet du litige.

4. **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).

b) Selon l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a), le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b), les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de

membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

Les art. 1 et 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 837.033) ont dérogé à ces dispositions du 17 mars au 31 mai 2020, en ce sens que les personnes visées aux let. b et c de l'art. 31 al. 3 LACI avaient droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail durant cette période.

c) Selon l'art. 35 LACI, dans une période de deux ans, l'indemnité est versée pendant douze périodes de décompte au maximum ; pour chaque entreprise, ces deux ans commencent à courir le premier jour de la première période de décompte pour laquelle l'indemnité est versée (al. 1). La perte de travail supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise ne peut excéder quatre périodes de décompte (al. 1^{bis}).

L'art. 57a al. 1 OACI précise que lorsque, pendant le délai-cadre, la perte de travail excède 85 % de l'horaire normal de travail durant plus de quatre périodes de décompte consécutives ou isolées, seules les quatre premières périodes de décompte donnent droit à l'indemnité. Cette disposition a été abrogée temporairement du 9 avril 2020 au 31 mars 2021 par les ordonnances des 8 avril 2020 et 20 janvier 2021 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (RO 2020 1201 et RO 2021 16).

Selon l'art. 57a al. 2 OACI, l'horaire normal de travail de l'entreprise est déterminé conformément à l'art. 46 OACI. Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question (art. 46 al. 1, première phrase, OACI).

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

Dans ce contexte, l'art 8g de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en vigueur du 9 avril 2020 au 31 août 2020 (RO 2020 1201), prévoyait qu'en dérogation à l'art. 35 al. 1^{bis} LACI, l'entreprise dont la perte de travail était supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise pouvait excéder quatre périodes de décompte (al. 1) ; le droit actuel au nombre maximum de quatre périodes de décompte pour lesquelles la perte de travail était supérieure à 85 % n'en était pas affecté (al. 2).

Avec l'entrée en vigueur 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 812.102), le Conseil fédéral a été habilité à édicter des dispositions dérogeant à la LACI sur 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 (art. 17 al. 1 let. b loi COVID-19, dans sa nouvelle teneur en vigueur à partir du 1^{er} septembre 2020 [RO 2020 5821]).

Dans une nouvelle teneur, entrée en vigueur de manière rétroactive au 1^{er} septembre 2020 (RO 2021 16) et en force jusqu'au 31 décembre 2021, l'art. 8g de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage stipulait qu'en dérogation à l'art. 35 al. 1^{bis} LACI, la perte de travail supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise pouvait excéder quatre périodes de décompte entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mars 2021 (al. 1). Les périodes de décompte pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, pour lesquelles la perte de travail a été supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mars 2021, n'étaient pas prises en compte pour la détermination du droit à quatre périodes de décompte au sens de l'art. 35 al. 1^{bis} LACI à partir du 1^{er} avril 2021 (al. 2).

Une nouvelle version de l'art. 8g de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Cette

modification n'est pas applicable en l'occurrence au vu des périodes de décompte litigieuses.

5. En l'occurrence, B._____ Sàrl fait valoir qu'elle a continué, au-delà du mois de juillet 2021, à subir une perte de travail dans le contexte du COVID-19, en raison d'une baisse des commandes liée à l'annulation des salons horlogers. Son employé B.C._____ n'a ainsi pu reprendre le travail, à temps partiel, qu'à partir de novembre 2021, à la suite d'une augmentation des commandes.

Ce n'est toutefois pas l'existence d'une perte de travail à partir d'août 2021 qui est contestée, mais la possibilité pour B._____ Sàrl de continuer à toucher des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour compenser cette perte de travail. Comme mentionné ci-dessus, l'art. 35 al. 1^{bis} LACI stipule qu'une perte de travail supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise n'est indemnisable qu'au maximum durant quatre périodes de décompte. L'art. 8g de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en lien également avec l'art. 17 al. 1 let. b de la loi COVID-19, a temporairement dérogé à cette disposition en levant ce délai maximal de quatre mois du 1^{er} mars 2020 au 31 mars 2021 et en précisant que les périodes de décomptes pour lesquelles la perte de travail a été supérieure à 85 % de l'horaire normal de l'entreprise durant cette période, ne sont pas prises en compte pour la détermination du droit à quatre périodes de décompte à partir du 1^{er} avril 2021. Il en résulte que dès cette date, les entreprises ne pouvaient toucher que quatre mois d'indemnisation en cas de perte de travail supérieure à 85 %, en application de l'art. 35 al. 1^{bis} LACI.

Or, en l'occurrence, B._____ Sàrl a perçu des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour les périodes de décompte d'avril à juillet 2021, pour une perte de travail supérieure à 85 %. Le délai maximal de quatre mois de l'art. 35 al. 1^{bis} LACI a donc été atteint fin juillet 2021. Au-delà de cette date, il n'était plus possible pour B._____ Sàrl de toucher des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour une perte de travail supérieure à 85 %. Dans la mesure où cette

entreprise a annoncé une perte de travail supérieure à 85 % pour les mois d'août à octobre 2021, c'est à juste titre que la Caisse a refusé de l'indemniser pour ces périodes de décompte.

On peut préciser à toutes fins utiles que le fait que le versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail n'était autorisé en l'occurrence par le SDE (décision du 6 mai 2021) qu'à partir du 8 avril 2021 reste sans influence. En effet, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'en cas de période de décompte mensuelle, le mois civil est déterminant pour fixer la durée maximale de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 131 V 294 consid. 2.3). Par ailleurs, chaque mois où l'indemnité est versée, respectivement chaque mois entamé, compte comme un mois entier (FF 1993 I 654 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 6 ad art. 35).

Comme déjà relevé par l'intimée, la reprise partielle du travail par B.C. _____ à partir de novembre 2021 n'a pas d'influence sur le fait que fin juillet 2021, B. _____ Sàrl avait épuisé son droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour une perte de travail excédant 85 %. En outre, les difficultés financières engendrées par les décisions de refus de la Caisse ne changent rien à la situation, étant donné que le droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail dépend des conditions fixées par la loi, lesquelles ne sont pas réalisées en l'espèce.

En ce qui concerne finalement l'erreur de plume faite par la Caisse dans sa décision sur opposition du 22 novembre 2021, elle reste, contrairement à l'avis de la recourante, sans conséquence. Il est en effet admis que la demande d'indemnisation a été déposée en faveur de B.C. _____ puisqu'A.C. _____ ne peut plus prétendre à l'octroi de telles indemnités depuis juin 2020, compte tenu de sa position assimilable à celle d'un employeur dans la société. La confusion des deux noms ne change par ailleurs rien à l'argumentation de la Caisse quant au fait que B. _____ Sàrl ne pouvait plus recevoir d'indemnités en cas de réduction

de l'horaire de travail pour une perte de travail supérieure à 85 % à partir d'août 2021.

6. a) Les recours doivent par conséquent être rejetés.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA), ni d'allouer de dépens aux parties recourantes, qui n'obtiennent pas gain de cause et ont 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. Les causes ACH 298/21 et ACH 33/22 sont jointes.

II. Les recours sont rejetés.

III. Les décisions sur opposition rendues les 22 novembre 2021 et 17 janvier 2022 sont confirmées.

IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- B. _____ Sàrl (pour B.C. _____),
- Y. _____,
- 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 :