

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 août 2023

Composition : M. PIGUET, président
M. Neu et Mme Pasche, juges
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

C. _____ SÀRL, à Lausanne, recourante,

et

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EMPLOI ET DU MARCHÉ DU TRAVAIL, à Lausanne, intimée.

Art. 31 al. 1 let. d et 33 al. 1 let. a LACI

E n f a i t :

A. a) C. _____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante) a pour but le commerce en gros d'articles de coutellerie et de couverts de table.

A la suite du dépôt de plusieurs demandes de prestations entre le 16 mars 2020 et le 3 mars 2021 auprès du Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : la Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM ; ci-après également : l'intimée]), la société a été mise au bénéfice d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 16 mars au 15 septembre 2020, du 21 novembre 2020 au 20 février 2021 et du 3 mars au 2 septembre 2021 (cf. décisions des 5 mai 2020, 18 décembre 2020 et 25 mars 2021).

b) Le 7 octobre 2021, C. _____ Sàrl a déposé une nouvelle demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période courant dès le 2 septembre 2021 pour deux de ses employés. Elle a fait valoir une baisse du volume des commandes s'élevant à plus de 70 % du chiffre d'affaires, tout en espérant une reprise de l'activité touristique pour l'année 2022.

Le 8 novembre 2021, en réponse à une mesure d'instruction du SDE, la société a indiqué que, en tant qu'entreprise active dans les articles de souvenirs et le commerce de détail, elle devait faire face à une diminution du tourisme étranger et aux difficultés rencontrées par le secteur de la restauration. Quand bien même elle sollicitait régulièrement sa clientèle, elle comptait sur une reprise après la fin de la pandémie. La réduction de l'horaire de travail ne concernait qu'un seul employé, lequel subissait une perte de travail de 80 %, ce qui correspondait à une perte de chiffre d'affaires de 55 %.

Par décision du 6 décembre 2021, le SDE a rejeté la demande d'indemnités de la société, au motif que celle-ci n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle subissait une perte de travail de 80 % en lien avec la pandémie, alors même que la situation sanitaire se détendait

progressivement depuis quelques mois. Par ailleurs, le léger recul du chiffre d'affaires et la fluctuation du carnet de commandes par rapport à août/septembre 2019 ne pouvaient donner lieu à une indemnisation de l'assurance-chômage, qui n'avait pas pour vocation de remédier aux difficultés économiques de l'entreprise.

Le 7 décembre 2021, la société s'est opposée à cette décision. Elle faisait valoir que sa demande de prestations du 7 octobre 2021 ne constituait que le prolongement de ses précédentes demandes, déposées en raison d'une situation sanitaire exceptionnelle. La pandémie avait entraîné une diminution notable du tourisme, laquelle s'était répercutée sur le secteur de l'achat de souvenirs. De même, le domaine de l'hôtellerie/restauration avait pâti d'une réduction de l'activité touristique et des restrictions de fréquentation et de déplacements imposées par la crise sanitaire. Dans ces conditions, il n'était pas possible d'occuper le collaborateur concerné par la réduction de l'horaire de travail à un taux plus élevé que 20 %.

Par décision sur opposition du 18 février 2022, le SDE a rejeté l'opposition formée par C._____ Sàrl et confirmé la décision du 6 décembre 2021. Elle a retenu que la société n'avait pas rendu vraisemblable l'existence d'une perte de travail à un taux de 80 % pour un seul employé. Même s'il pouvait être admis que la clientèle étrangère était moins présente en Suisse durant l'automne 2021, elle ne pouvait souscrire à l'assertion selon laquelle le tourisme avait été pratiquement réduit à néant à ce moment-là. En effet, la crise sanitaire s'était alors détendue, ce qui ne permettait pas de démontrer la présence d'une perte de travail à un taux aussi élevé. Par ailleurs, il ressortait d'un entretien téléphonique du 10 novembre 2021 que la société maintenait un taux de perte de travail de 80 %, bien que ce dernier ne reflétât pas la perte de travail réellement subie. Or des difficultés financières ne fondaient aucun droit à une indemnisation en l'absence d'une perte de travail dûment attestée.

B. **a)** Par acte du 15 mars 2022, C._____ Sàrl a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition du 18 février 2022, en concluant à l'octroi

des prestations sollicitées. Contrairement à ce qu'avait retenu le SDE, les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise n'étaient pas uniquement dues à une baisse de la fréquentation touristique mais s'expliquaient surtout par le contexte général de la pandémie de COVID-19. Par conséquent, en l'absence d'un soutien financier ponctuel, elle se verrait obligée de se séparer de son unique employé administratif chargé de la tenue de la comptabilité, de la facturation et de l'expédition des colis.

b) Dans sa réponse du 12 avril 2022, le SDE a souligné qu'il peinait à s'expliquer l'ampleur de la perte de travail alléguée par C. _____ Sàrl au regard du nombre relativement élevé de commandes. A titre d'exemple, il a relevé que la perte de travail pour le mois de juin 2021 était de 86,48 % alors que la société avait enregistré 49 entrées de commandes durant ce mois (61 entrées de commandes en juin 2018 et 56 en juin 2019). Renvoyant pour le surplus à la décision attaquée, il a conclu au rejet du recours.

c) Par courrier du 3 mai 2022 (timbre postal), C. _____ Sàrl a indiqué qu'en raison de la fermeture de ses partenaires commerciaux entre mars et août 2020, elle n'avait pas pu travailler durant cette période hormis quelques commandes reçues par courrier électronique ; le travail de l'entreprise avait également été fortement ralenti entre novembre 2020 et septembre 2021. Or, malgré une perte d'activité supérieure à 50 %, les prestations sollicitées pour la période comprise entre septembre 2021 et février 2022 n'avaient pas été versées. En dépit d'une diminution de la charge de travail, elle avait néanmoins pris la décision de garder son employé à son service.

d) La comptabilité de C. _____ Sàrl a été versée au dossier.

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 a pour objet le droit de la recourante à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période à compter du 2 septembre 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 si, entre autres conditions, 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 si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

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

Par facteurs d'ordre économique, il faut entendre tant les facteurs structurels que les facteurs conjoncturels, le Tribunal fédéral refusant de procéder à une distinction claire entre ces deux facteurs, ceux-ci étant souvent juxtaposés, voire imbriqués l'un dans l'autre ; pour le reste, il procède à une interprétation large du terme « ordre économique ». Font partie des facteurs conjoncturels notamment les baisses de commandes d'un produit ou d'un service que l'employeur vend habituellement (ATF 128 V 305 consid. 3a ; TF 8C_267/2012 du 28 septembre 2012). Les problèmes structurels se caractérisent par une inadaptation de l'entreprise par rapport à la demande ; cette inadaptation peut concerner notamment la dimension de l'entreprise, ses techniques de production, les produits et les services offerts ainsi que leurs prix (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 6 ad art. 32 LACI).

c) Cependant, même quand la perte de travail satisfait à ces critères, elle n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI ; TFA C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2), ou lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou qu'elle est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (art. 33 al. 1 let. b LACI). Le but de cette dernière exception est, avant tout, d'exclure l'indemnisation des réductions de l'horaire de travail qui se répètent régulièrement (ATF 121 V 371 consid. 2a ; 119 V 357 consid. 1a et les références citées).

Selon la jurisprudence, doivent être considérées 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 ; SVR 2003 ALV n° 9 p. 27 ; TFA du 10 mars 1994 *in* : DTA 1995 n° 20 p. 117 consid. 1b ; TFA C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 3).

d) La perte de travail doit être limitée dans le temps pour être indemnisable, l'idée étant d'aider temporairement des entreprises viables à surmonter des difficultés passagères imprévisibles. L'examen du caractère temporaire de la réduction de l'horaire de travail doit être fait de manière prospective, c'est-à-dire en se plaçant au moment où l'indemnité est demandée. Selon la jurisprudence, tant qu'il n'existe pas de faits ou d'éléments concrets qui indiquent le contraire, on doit présumer que la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que des emplois pourront être maintenus (ATF 121 V 373 consid. 2a ; 111 V 379 consid. 2b). Le point de savoir s'il existe des éléments concrets suffisants pour renverser cette présomption doit être tranché au regard de l'ensemble des circonstances, à savoir la rentabilité et les liquidités de l'entreprise, le carnet et les perspectives de commandes et surtout la situation concurrentielle. Bien qu'il ne permette pas à lui seul de nier le caractère temporaire de la perte de travail et la perspective d'un maintien des emplois grâce à la réduction de l'horaire de travail, le fait que l'entreprise concernée a déjà perçu par le passé l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail doit être pris en considération (TFA C 292/03 du 2 novembre 2004 consid. 3.1 et les références).

e) Une inadaptation structurelle peut déboucher sur des problèmes de compétitivité à long terme. La pérennité des entreprises structurellement faibles est compromise. Il n'appartient pas à l'assurance-chômage de contribuer, par son intervention, à retarder des adaptations structurelles des entreprises. Si de telles adaptations n'ont pas lieu, il se peut que la condition de la réduction de l'horaire de travail vraisemblablement temporaire au sens de l'art. 31 al. 1 let. d LACI ne soit

pas ou plus remplie (cf. RUBIN, *op. cit.*, n° 7 ad art. 32 LACI). Par ailleurs, l'assurance-chômage ne doit pas intervenir dans les rapports de concurrence en soutenant les entreprises structurellement faibles au détriment des entreprises plus fortes (RUBIN, *op. cit.*, n° 13 ad art. 33 LACI). En outre, une modification fondamentale et durable de la demande constitue un indice qui permet de réfuter la nature provisoire de la perte de travail (cf. TFA C 218/94 du 29 décembre 1994 *in* : DTA 1995 n° 19 p. 112).

4. En l'occurrence, la recourante a bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 16 mars 2020 au 15 septembre 2020, du 21 novembre 2020 au 20 février 2021 et du 3 mars 2021 au 2 septembre 2021, soit sur une période totale de quinze mois. Le 8 novembre 2021, en réponse à une mesure d'instruction du SDE, elle a indiqué que la réduction de l'horaire de travail ne concernait qu'un seul employé, lequel subissait une perte de travail de 80 %.

a) A titre liminaire, il convient de constater que la recourante n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'une telle perte, ni le lien que cette dernière pouvait avoir avec les mesures sanitaires décidées par les autorités (à propos de la vraisemblance prépondérante en droit des assurances sociales, cf. ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il s'ensuit que les observations formulées en lien avec la perte de travail doivent être appréciées comme de simples allégations de partie, auxquelles il n'y a pas lieu d'accorder une valeur probante particulière. Elle ne prétend par ailleurs pas avoir concrètement cherché à diminuer son éventuel dommage en étendant ses prestations, notamment par le biais de la création d'un site internet et le développement du commerce en ligne.

b) Au moment de se prononcer sur le renouvellement du droit à l'indemnité, il existait de sérieux indices permettant de renverser la présomption que la perte de travail serait vraisemblablement temporaire et que les emplois pourraient être maintenus. Ainsi que le reconnaît la recourante, la diminution continue du chiffre d'affaires subie depuis le

mois de mars 2020 est la conséquence des difficultés rencontrées par les secteurs du tourisme (magasins de souvenir) et de l'hôtellerie-restauration pendant la crise du COVID-19. Dans les faits, la recourante fait face à un phénomène structurel - en lien avec les secteurs d'activités concernés - qui impacte défavorablement et durablement son activité. Or, dans la mesure où la résolution de la crise demeurerait imprévisible et où l'évolution de l'environnement économique fait partie des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation qui doivent généralement être assumés par une entreprise au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail afin de compenser - sur le moyen et le long terme - la perte de travail subie par son employé.

c) Dans ces conditions, il y a lieu de retenir - indépendamment de la question de l'ampleur effective de la perte de travail réellement subie par la recourante - que les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne revêtaient plus, au moment de la demande de renouvellement du droit aux indemnités, un caractère temporaire au sens de l'art. 31 al. 1 let. d LACI (cf. considérant 3d ci-dessus), étant encore précisé qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de contribuer, par son intervention, à financer une adaptation structurelle de l'entreprise.

d) C'est par conséquent à bon droit que l'intimée a refusé d'accorder à la recourante le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période à compter du 2 septembre 2021.

5. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition du 18 février 2022 confirmée.

6. 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
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 18 février 2022 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- C. _____ Sàrl,
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail,
- 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).

Le greffier :