

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 novembre 2023

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente

Mme Brélaz Braillard et M. Piguet, juges

Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

B. _____ SÀRL, à [...], recourante,

et

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

Art. 31, 32 et 33 LACI

E n f a i t :

A. La société B. _____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante) a pour but l'importation et la distribution de matériel divers et de produits liés à l'informatique, le conseil et support technique en rapport ou non avec les produits distribués (cf. extrait du registre du commerce vaudois).

A la suite de plusieurs demandes de prestations formulées entre le 27 mars 2020 et le 17 mai 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 26 mars 2020 au 30 novembre 2021 dans le contexte de la pandémie de Covid-19 (cf. décisions des 14 avril, 16 octobre 2020, 5 janvier, 1^{er} mars et 11 juin 2021).

Le 6 décembre 2021, la société a déposé une nouvelle demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 1^{er} décembre 2021 au 30 juin 2022 pour l'ensemble de son personnel, à savoir ses trois collaborateurs. Elle a souligné que la distribution et la mise en place de ses deux logiciels principaux (diffusion de médias et gestion) ne pouvaient être envisagées avant le premier trimestre 2022 en raison des retards décisionnels de sa clientèle. Des activités liées à l'événementiel n'avaient pas encore pu se concrétiser. Quant aux services de développement, un nouveau contrat avait été signé, mais il ne représentait qu'une faible partie des revenus de la société. Le démarchage de nouveaux clients et de nouveaux partenariats se poursuivait, tandis que la société recherchait des activités et projets alternatifs. Son chiffre d'affaires avait diminué de plus de la moitié depuis 2020 et 2021. Le comportement commercial de ses clients impactait directement ses activités.

Le 27 janvier 2022, en réponse à une mesure d'instruction du SDE, la société a indiqué, en substance, que son activité demeurerait indirectement impactée par les mesures sanitaires du fait des restrictions

du nombre de personnes dans les locaux commerciaux. Son chiffre d'affaires et son bénéfice en subissaient les conséquences, ainsi que le budget publicitaire. Elle estimait la perte de son chiffre d'affaires à 80 % et la perte de travail à 90 %, en raison de la baisse des demandes de la clientèle. Elle reconnaissait une fluctuation d'activité saisonnière usuelle durant l'été lui permettant de rattraper d'éventuels retards, ce qui n'avait plus été le cas depuis la pandémie.

Par décision du 25 février 2022, le SDE a rejeté la demande d'indemnités de la société, au motif que celle-ci ne subissait pas une perte de travail vraisemblable en lien avec des mesures étatiques. La baisse de son chiffre d'affaires à la suite du manque d'investissements de ses clients ne permettait pas de conclure à une perte de travail indemnizable. Aucun de ses collaborateurs n'était par ailleurs empêché de reprendre concrètement le travail et pouvait contribuer à d'autres activités pour supporter l'entreprise. Enfin, les difficultés de trésorerie ne justifiaient pas une indemnisation par l'assurance-chômage.

Par correspondance du 25 mars 2022, complétée le 11 avril 2022, la société s'est opposée à la décision précitée. Elle a réitéré que son activité continuait d'être impactée par la situation liée à la pandémie, malgré la suppression partielle des restrictions sanitaires. Elle rappelait être directement impactée par les décisions de ses clients, lesquels subissaient encore des répercussions économiques importantes. Seul le support technique informatique, exercé par la direction, avait été maintenu et correspondait environ à 20 % du chiffre d'affaires. Elle relevait également que ses activités étaient en pleine mutation depuis 2019 (projets logiciels et événementiels), mais que leur lancement avait été suspendu en raison de la pandémie. Une amélioration progressive était envisageable à partir de janvier 2022 à une échéance de plusieurs mois. Elle considérait désormais que la perte de travail serait de 60 %.

Le SDE a rendu sa décision sur opposition le 16 juin 2022 et confirmé sa décision du 25 février 2022. Il a, en premier lieu, souligné que la réorientation des activités de la société depuis 2019 avec une

commercialisation de nouveaux produits envisagée dès mars 2020 permettait d'expliquer un manque de travail durant la période de lancement d'une durée usuelle d'environ deux ans. Cette perte d'activité constituait un risque normal d'exploitation qu'il n'appartenait pas à l'assurance-chômage d'indemniser. En second lieu, le SDE a observé que la perte de travail annoncée à la caisse de chômage compétente avait été constante depuis mars 2020 sans corrélation avec les fluctuations du chiffre d'affaires. Une baisse du chiffre d'affaires ne suffisait pas à justifier une perte de travail indemnisable. En dernier lieu, le SDE relevait que l'assurance-chômage n'avait pas pour objectif de pallier les difficultés financières de la société à la suite de la réorganisation de ses activités.

B. B. _____ Sàrl a déféré la décision sur opposition du 16 juin 2022 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par mémoire de recours du 15 juillet 2022, complété le 22 août 2022, concluant à sa réforme dans le sens de l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail revendiquées dès le 1^{er} décembre 2021. Elle a, pour l'essentiel, réitéré ses précédentes explications, précisant toutefois que sa réorientation vers le développement logiciel avait été entamée bien avant 2019, à savoir dès 2016-2017. Un logiciel de communication multimédia, ainsi qu'un logiciel spécialisé, dont le développement avait été financé sur ses réserves, devaient lui garantir du travail et des revenus substantiels en 2020. Les mesures de lutte contre la pandémie avaient stoppé net la mise en œuvre concrète de ses projets. Elle avait toutefois maintenu les postes de travail de ses développeurs et poursuivi ses activités marginales de support informatique afin d'assurer quelques rentrées financières. En dépit de la diminution des restrictions sanitaires, la société ne parvenait pas à concrétiser ses objectifs, vu les réticences de ses clients et les problèmes de distribution de matériel. Elle estimait néanmoins avoir assumé sa gestion de manière conforme aux exigences en matière d'assurance-chômage. Sa demande d'indemnités n'était, à son avis, pas corrélée à un manque de ressources financières ou à un risque normal d'exploitation, mais uniquement à l'absence de reprise économique consécutive à la pandémie de Covid-19.

La DGEM a répondu au recours le 21 septembre 2022 et conclu à son rejet. Elle a fait valoir que la phase de démarrage de la réorientation de la société devait bel et bien être fixée en 2020 et que les indemnités revendiquées intervenaient dans un contexte exclu de l'indemnisation par l'assurance-chômage. Elle a, au surplus, considéré que les explications avancées par la société ne permettaient pas de démontrer une perte de travail avérée et inévitable.

Par réplique du 21 novembre 2022, la société a maintenu ses conclusions.

La DGEM en a fait de même dans une duplique du 12 décembre 2022.

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 du 1^{er} décembre 2021 au 30 juin 2022.

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 que 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 consid. 3.1). 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 ; ATF 138 V 333 ; TF 8C_603/2015 du 15 avril 2016 consid. 2 ; 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 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 ; 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 (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 (TFA C 218/94 du 29 décembre 1994 *in* : DTA 1995 n° 19 p. 112).

4. 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).

5. a) En l'espèce, la recourante a revendiqué la poursuite du versement des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 1^{er} décembre 2021 au 30 juin 2022. Durant cet intervalle, singulièrement le 17 décembre 2021, le Conseil fédéral avait imposé, à compter du 20 décembre 2021, la limitation des rencontres privées et publiques, la limitation d'accès aux restaurants, bars et boîtes de nuit (règle dite des « 2G »), ainsi qu'une obligation de travailler à domicile (art. 12, 13, 15 et 25 al. 5 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière [ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 23 juin 2021] ; état au 20 décembre 2021 ; RS 818.101.26). Lesdites mesures ont été levées par le Conseil fédéral avec effet au 3 février 2022 (obligation du travail à domicile, muée en recommandation), respectivement 17 février 2022 (autres mesures ; ordonnance COVID-19 situation particulière ; état au 16 février 2022).

b) Contrairement à ce que semble soutenir la recourante, on ne voit pas que de telles mesures soient véritablement de nature à impacter ses activités, puisqu'il lui était loisible de se rendre auprès de sa clientèle et de procéder aux démarches indispensables à la mise en œuvre concrète de ses logiciels. On ne saurait dès lors considérer que les mesures étatiques auraient eu une incidence directe sur sa perte de travail ou la baisse de son chiffre d'affaires.

6. a) Il est établi, dans le cas particulier que la recourante a bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 26 mars 2020 au 30 novembre 2021, soit sur une période de vingt mois. Par conséquent, 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 perte de travail qu'elle subit est liée aux difficultés auxquelles elle est confrontée face aux réticences de ses clients, ceux-ci ayant pour l'essentiel reporté leurs commandes et la mise en place du matériel informatique développé par la recourante. Cette dernière subit également les conséquences des problèmes de livraison accusés par certains fournisseurs. Pour autant, on ne peut plus parler, au moment de la décision sur opposition litigieuse, d'une perte de travail exceptionnelle et imprévisible.

b) En effet, il ressort des explications fournies par la recourante que la diminution d'activité relevée à fin 2021 et début 2022 a trait aux comportements commerciaux de ses clients (reports, réductions budgétaires) et est liée à un contexte économique défavorable. Cela étant, on ne voit pas ce qui aurait empêché la recourante d'envisager de nouvelles stratégies ou de démarcher une clientèle plus large afin d'éviter, dans la mesure du possible, de se trouver dans les difficultés financières avancées.

c) Par ailleurs, il convient d'ajouter que la recourante ne peut se prévaloir d'aucune garantie quant aux intentions de sa clientèle, ce qui constitue incontestablement une circonstance inhérente aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI. A cet égard, les circonstances avancées par la recourante (difficultés économiques présentées par ses clients et fournisseurs) doivent désormais être considérées comme des risques normaux d'exploitation et n'apparaissent plus suffisantes pour justifier à elles seules une perte de travail.

d) Dans ces conditions, il y a lieu de retenir 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.

e) 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 litigieuse.

7. a) Sur le vu de ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 16 juin 2022 confirmée.

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 et n'est de toute façon pas représentée par un mandataire professionnel (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 16 juin 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail 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, par l'envoi de photocopies, à :

- B. _____ Sàrl, à [...],
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne.

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 :