

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 23 janvier 2023

---

Composition : M. PIGUET, président  
Mmes Pasche et Durussel, juges  
Greffière : Mme Monod

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**B. \_\_\_\_\_ SA**, à [...], recourante, représentée par Me Christophe Wilhelm,  
avocat, à Lausanne

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. a)** B. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société ou la recourante) a pour but l'exploitation de restaurants, ainsi que le commerce de produits liés à la gastronomie.

A la suite du dépôt de plusieurs demandes de prestations entre le 20 mars 2020 et le 12 mars 2021 auprès du Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1<sup>er</sup> 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 17 mars 2020 au 30 septembre 2021 dans le contexte de la pandémie de COVID-19 (cf. décisions des 2 avril, 12 novembre, 29 décembre 2020 et 25 mars 2021).

**b)** Le 10 janvier 2022, B. \_\_\_\_\_ SA a formulé une nouvelle demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 10 janvier au 9 juillet 2022. Elle a fait valoir qu'elle s'attendait à une perte de travail de 100 % durant la période concernée, exposant que toutes les réservations de groupe avaient été annulées en novembre et décembre 2021 en raison des mesures contre la pandémie et que son « livre de réservations [était] vide pour les prochaines semaines ».

Le 26 janvier 2022, en réponse à une mesure d'instruction du SDE, la société a indiqué qu'au terme de ses vacances annuelles du 13 décembre 2021 au 9 janvier 2022, son établissement était demeuré fermé en raison des mesures de lutte contre la pandémie. Son chiffre d'affaires était en « chute libre » ; les banquets prévus en novembre et décembre 2021 avaient été annulés, sans aucune perspective de changement significatif positif à court terme. Elle avait travaillé à perte en novembre et décembre 2021, en dépit d'un minimum de personnel actif. Il ne lui apparaissait ainsi pas possible de rouvrir son établissement dans ces conditions, faute de pouvoir maintenir la qualité de ses services. Elle espérait néanmoins pouvoir rouvrir le restaurant à partir du 15 février ou du 1<sup>er</sup> mars 2022 selon l'évolution de la pandémie. La réduction de

l'horaire de travail concernait dix employés sur un effectif de quinze personnes. Seuls trois employés demeuraient actifs à tour de rôle environ 4 à 5 heures par jour sur 3 à 5 jours par semaine pour la production et la livraison de pizzas.

A l'occasion d'un entretien téléphonique du 21 février 2022 avec le SDE, la société a réitéré ses précédentes explications concernant la perte totale de travail du 10 janvier au 14 février 2022. Elle a signalé avoir à nouveau ouvert son établissement à compter du 15 février 2022, précisant que ses employés étaient depuis lors effectivement occupés. Le restaurant « [fonctionnait] bien pour l'instant » sous réserve d'une perte minimale prévisible à fin février 2022. Trois stagiaires avaient été engagés dès le 15 février 2022, ainsi que du personnel « en extra » dès le 1<sup>er</sup> mars 2022.

Par décision du 28 février 2022, le SDE a rejeté la demande d'indemnités de l'entreprise, au motif que celle-ci ne subissait pas une perte de travail due aux restrictions sanitaires entre le 10 janvier et le 14 février 2022, ladite perte résultant de sa volonté de fermer son établissement. Dès le 15 février 2022, on ne pouvait admettre une réduction de l'horaire de travail des employés du restaurant, puisque, selon les informations de la société, ceux-ci étaient occupés. Une baisse de chiffre d'affaires et un problème de trésorerie constituaient des difficultés financières non indemnisables par l'assurance-chômage.

Le 30 mars 2022, B. \_\_\_\_\_ SA, assistée de Me Christophe Wilhelm, s'est opposée à la décision précitée. Elle a notamment mis en évidence les différentes mesures prises au sein de son restaurant pour pallier les conséquences de la pandémie (réduction des jours travaillés et des horaires d'ouverture, allègement de sa carte, suppression de certaines prestations comme son bar à cocktails, diminution de son personnel et adaptation des effectifs, également en fonction des variations saisonnières). Par ailleurs, en dépit du décalage de ses vacances annuelles usuelles, la situation au 10 janvier 2022 apparaissait défavorable au vu des mesures en vigueur et de l'évolution de la pandémie de Covid-19. Par

conséquent, la fermeture du restaurant constituait une décision proportionnée pour éviter de nouvelles pertes financières et la mise en péril des emplois. Elle a dès lors réitéré sa demande d'indemnisation du 10 janvier au 9 juillet 2022, subsidiairement au 16 février 2022 (date de la levée des mesures contre la pandémie).

Par décision du 4 juillet 2022, la DGEM a rejeté l'opposition de la société et confirmé la décision du 28 février 2022. L'autorité a retenu que la société avait encouru une perte de travail de 100 % qui lui était intégralement imputable, puisqu'elle avait décidé de fermer son établissement du 10 janvier au 14 février 2022, sans y avoir été contrainte du fait des mesures de lutte contre la pandémie. Quant à la période postérieure au 15 février 2022, la société n'avait pas démontré une diminution exceptionnelle des heures travaillées. Les mesures sanitaires avaient au demeurant pris fin dès le 17 février 2022, de sorte qu'aucune perte de travail en lien avec le contexte pandémique n'était avérée.

**B.** B. \_\_\_\_\_ SA, représentée par Me Wilhelm, a déféré la décision sur opposition du 4 juillet 2022 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, par mémoire de recours du 8 août 2022. Elle a conclu à sa réforme en ce sens que les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail lui soient octroyées, principalement du 10 janvier au 9 juillet 2022, subsidiairement jusqu'au 16 février 2022. Elle a une nouvelle fois mis en évidence les différentes mesures de réorganisation de ses activités depuis la survenance de la pandémie, ce qui permettait de considérer qu'elle avait respecté son obligation de diminuer le dommage. Elle a également souligné le caractère, à son avis, inévitable de la fermeture du restaurant entre le 10 janvier et le 14 février 2022, rappelant la baisse drastique de fréquentation de sa clientèle dans le contexte de la situation sanitaire qui régnait au début de l'année 2022.

La DGEM a répondu au recours le 9 septembre 2022, concluant à son rejet sur la base des arguments précédemment développés dans sa décision sur opposition du 4 juillet 2022.

Par réplique du 4 novembre 2022, la société a persisté dans ses conclusions. Elle a mis en évidence l'évolution de la situation sanitaire, plus particulièrement les diverses mesures envisagées par le Conseil fédéral depuis septembre 2021. Elle a par ailleurs souligné que la fermeture temporaire de son établissement avait constitué une mesure proportionnée au regard des directives administratives.

Le 21 novembre 2022, la DGEM a maintenu ses conclusions, relevant que la directive administrative à laquelle se référait la société avait été abrogée dès le 1<sup>er</sup> janvier 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 du 10 janvier au 9 juillet 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.** En l'occurrence, la recourante a régulièrement bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail entre le 17 mars 2020 et le 30 septembre 2021 dans le contexte de la pandémie de Covid-19. Il convient de déterminer si la recourante pouvait à nouveau prétendre à cette indemnité à la suite de sa décision de fermer son établissement du 10 janvier au 14 février 2022, puis dès sa réouverture du 15 février au 9 juillet 2022.

**5. a)** Au moment de se prononcer sur le droit à l'indemnité pour la période courant du 10 janvier au 14 février 2022, demeurait en vigueur un certain nombre de mesures édictées par le Conseil fédéral, susceptibles d'entraver l'activité économique d'une entreprise telle que celle de la recourante. Le 17 décembre 2021, le Conseil fédéral avait décidé qu'à compter du 20 décembre 2021, seules les personnes vaccinées ou guéries auraient désormais accès à l'intérieur des restaurants (règle dite des « 2G ») et qu'il faudrait, dans ces lieux, porter le masque et être assis pour consommer ; il avait par ailleurs réintroduit l'obligation de travailler à domicile afin de réduire les contacts (art. 6 al. 2 let. g, 12 al. 1 et 25 al. 5 de l'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière [ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26], dans sa teneur en vigueur du 20 décembre 2021 au 16 février 2022). Lesdites mesures ont été levées par le Conseil fédéral avec effet au 3 février 2022 (obligation du travail à domicile), respectivement 17 février 2022 (autres

mesures). Or, contrairement à ce que soutient l'intimée, de telles mesures, si elles ne contraignaient pas la recourante à fermer son établissement, n'étaient certainement pas dénuées d'impact sur la fréquentation de son établissement et son chiffre d'affaires. Il ne fait guère de doute que les mesures mises en place par le Conseil fédéral étaient de nature à dissuader les clients de fréquenter les établissements de restauration, singulièrement celui de la recourante. En attestent du reste l'état des réservations de la recourante à la date du 10 janvier 2022 et les nombreuses annulations auxquelles elle a fait face durant la fin de l'année 2021 (cf. notamment : courriels d'annulation de divers repas de groupes des 7, 14 et 20 décembre 2021, produits auprès de la Cour de céans). L'obligation du travail à domicile ne pouvait en outre qu'entraîner une diminution de la fréquentation pour le service de midi, ainsi que le soutient la recourante.

**b)** Par ailleurs, on peut retenir que la recourante a prouvé, au travers de ses diverses écritures, avoir procédé à de nombreuses adaptations de ses activités, ainsi qu'au sein de son personnel, afin de réduire le dommage à l'assurance. On observe en effet que celle-ci a substantiellement diminué les effectifs depuis le début de la pandémie (cf. préavis de réduction de l'horaire de travail des 19 mars, 22 septembre, 8 décembre 2020, 12 mars 2021 et 10 janvier 2022 ; écriture d'opposition du 30 mars 2022, p. 3). Elle a diminué les jours travaillés et les horaires d'ouverture du restaurant, tout en allégeant sa carte des mets, pour éviter les pertes et sauvegarder les emplois (cf. écriture d'opposition du 30 mars 2022, p. 4). La recourante a également supprimé certaines prestations à la clientèle pour éviter le recours à du personnel supplémentaire (suppression du bars à cocktails et du buffet terrasse ; cf. écriture du 30 mars 2022, p. 2). Elle a ainsi exposé, à satisfaction, avoir pris les mesures adéquates pour éviter au maximum le recours à l'assurance-chômage. En outre, on peut relever, à l'instar de la recourante, qu'en dépit de ces diverses mesures, il existait une limite au-delà de laquelle il ne lui était pas possible de réduire ses prestations et ses effectifs, au risque de ne plus pouvoir assurer le fonctionnement du restaurant sans encourir des pertes significatives.

**c)** Dans ces circonstances, il apparaît que la décision prise par la recourante de laisser son établissement fermé entre le 10 janvier et le 14 février 2022 constituait la mesure la plus raisonnable. Elle n'a, par conséquent, pas violé son obligation de diminuer le dommage en procédant de la sorte. Ainsi que l'a admis temporairement le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO ; ch. 2.5 de la directive 2020/10, abrogé avec effet au 31 décembre 2021), l'obligation de réduire le dommage trouve sa limite si l'entreprise démontre que la perte consécutive à une réouverture serait plus importante que dans le cas d'une fermeture temporaire. Or, tel est bien le cas en l'espèce, étant donné que la recourante a démontré que l'ouverture de son établissement aurait engendré un certain nombre de coûts – fixes et variables – qui n'auraient pas pu être couverts par les recettes engendrées. La recourante se prévaut en effet d'un document intitulé « Résultat financier d'une fermeture du 10.1.22 au 14.2.22 par rapport à une ouverture à la même période », produit auprès de la Cour de céans, lequel permet de constater que les coûts en cas d'ouverture de l'établissement auraient été substantiellement plus élevés qu'en cas de fermeture. Dans ce contexte, le fait que le SECO ait retiré cette règle d'interprétation de ses directives avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2022 importe peu, dès lors qu'un tel principe demeurerait pleinement valable au regard de la situation sanitaire qui prévalait en janvier et février 2022.

**d)** Dans la mesure où, par ailleurs, la fermeture de l'établissement de la recourante et la perte de travail consécutive avaient un caractère temporaire, puisque liées aux mesures de lutte contre la pandémie prises par le Conseil fédéral, l'intimée ne pouvait pas nier le droit aux prestations de la recourante pour la période du 10 janvier au 14 février 2022.

**6.** En ce qui concerne la période postérieure au 14 février 2022, la recourante n'a pas établi qu'elle était confrontée à une perte de travail. Elle a en effet expressément indiqué, en réponse aux questions posées par le SDE, que ses employés étaient « occupés », dans la mesure où le restaurant « [fonctionnait] bien pour l'instant » (cf. courriel de la

recourante du 22 février 2022). Dès lors, en l'absence de perte de travail à compter de la réouverture de son établissement, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période postérieure au 14 février 2022.

**7. a)** Sur le vu de ce qui précède, c'est à tort que l'intimée a refusé d'accorder à la recourante l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 10 janvier au 14 février 2022. En revanche, l'intimée était légitimée à nier le droit de la recourante à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période postérieure au 14 février 2022. Par conséquent, le recours doit être partiellement admis et la décision sur opposition litigieuse réformée en ce sens que la recourante a droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 10 janvier au 14 février 2022.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la législation ne le prévoyant pas (art. 61 let. f<sup>bis</sup> LPGA).

**c)** La recourante obtenant partiellement gain de cause, il y a lieu de lui allouer une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens, portée à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I. Le recours est partiellement admis.
  
- II. La décision sur opposition rendue le 4 juillet 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est réformée, en ce sens que la recourante a droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 10 janvier au 14 février 2022.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
  
- IV. La Direction générale de l'emploi et du marché du travail versera à la recourante une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

Le président :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Christophe Wilhelm, à Lausanne (pour B. \_\_\_\_\_ SA),
- 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 :