

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 août 2023

Composition : M. PIGUET, président
Mme Röthenbacher et M. Neu, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

T. _____, à [...], recourante, représentée par Me Yvan Henzer, avocat à Lausanne,

et

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

Art. 31 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. T._____ SA (ci-après également : l'entreprise ou la recourante) est active dans la prestation de services et le conseil commercial et technique dans le domaine de l'impression de documents de sécurité, notamment l'impression de papiers-valeurs. A partir du 16 mars 2020, l'entreprise a régulièrement sollicité l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail auprès du Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM]) au motif qu'elle ne pouvait plus exercer ses activités de mandat, qui se déroulaient sur les cinq continents, dans la mesure où, soit les imprimeries centrales avaient dû fermer, soit il était impossible à ses collaborateurs de se rendre dans le pays concerné, soit ces derniers étaient soumis à une quarantaine obligatoire sur place. Deux de ses collaborateurs étaient des formateurs/instructeurs pour l'impression des billets de banque et n'avaient aucune possibilité de faire du télétravail car ils devaient se rendre sur le site de l'imprimerie centrale ou de la banque centrale. Le troisième collaborateur s'occupait du marketing et de la préparation des expositions professionnelles où l'entreprise tâchait de se faire connaître.

Le SDE a émis des préavis positifs au versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour toute l'entreprise du 16 mars 2020 au 30 novembre 2021 (décisions des 1^{er} avril 2020, 16 octobre 2020, 31 décembre 2020, 26 février 2021 et 31 mai 2021).

Le 5 janvier 2022, T._____ SA a déposé un nouveau préavis de réduction de l'horaire de travail auprès du SDE pour la période du 1^{er} décembre 2021 au 30 avril 2022, annonçant une perte probable de travail de 85 % pour les cinq travailleurs que comptait l'entreprise. Elle a expliqué que plusieurs gros contrats avaient été repoussés par suite de l'arrivée du variant Omicron dans l'épidémie de Covid-19. Une formation prévue en Afrique du Sud avait notamment été reportée au printemps, ainsi que des missions prévues en Egypte, au Kenya et au Maroc, pour ne citer que quelques exemples, ce qui représentait un volume financier de

281'000 francs. L'entreprise a communiqué au SDE l'état de son carnet de commandes de 2020 à 2022, ainsi que l'évolution de son chiffre d'affaires mensuel en 2020 et 2021. Elle a précisé que si les expositions/foires prévues au printemps 2022 au Mexique et en France - qui avaient été repoussées depuis 2020 - pouvaient se dérouler, elle estimait qu'elle pourrait accroître considérablement son carnet de commandes. Elle avait essayé de mettre en place des formations virtuelles pour tout ce qui ne touchait pas directement aux machines et privilégiait les conférences vidéo.

En réponse aux questions du SDE, l'entreprise a notamment précisé, par courriel du 28 janvier 2022, que son activité était entravée par les mises en quarantaine et les interdictions de déplacement. Un partenariat très important avec l'Afrique du Sud, ainsi qu'un autre avec la Malaisie avaient été mis en veille. Plusieurs visites, au Kenya, au Maroc et en Egypte, avaient également été annulées. Elle faisait face à une perte de travail, une perte de chiffre d'affaires ainsi que des difficultés de trésorerie. La perte de travail avait été de 85 % en décembre 2021 et la perte de chiffre d'affaires de 80 %. Elle a expliqué qu'il était impossible de faire la formation technique via Internet. Elle travaillait sur les grandes imprimeuses de billets de banque et celles de haute sécurité, comme pour les passeports par exemple, et le formateur devait être sur place pour montrer les diverses techniques. Pour des questions de sécurité, il était strictement interdit de filmer quoi que ce soit, les téléphones portables devaient d'ailleurs rester au vestiaire. Concernant le marketing, toutes les expositions avaient été annulées. Elle avait demandé à ses collaborateurs techniques de garder le contact avec ses clients via téléphone ou mail et à sa collaboratrice marketing de rechercher de nouvelles idées et planifier au mieux les expositions et foires 2022. Elle a indiqué qu'elle pourrait reprendre normalement son travail et ses missions dès que les déplacements seraient à nouveau possibles et les quarantaines abolies.

A la demande du SDE, T. _____ SA a apporté des explications complémentaires par courriel du 7 février 2022 sur la manière dont les formations étaient organisées.

Le 1^{er} mars 2022, le SDE a reçu de la Caisse de chômage les pourcentages de perte de travail indemnisés pour T._____ SA depuis mars 2020.

Par décision du 2 mars 2022, le SDE a rejeté la demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail de T._____ SA. Il a fait remarquer que le chiffre d'affaires de l'entreprise en 2021 était nettement supérieur aux trois années précédentes et que le nombre de contrats signés semblait être constant, ce qui ne permettait pas d'expliquer la perte de travail non négligeable de 85 % que l'entreprise indiquait subir, alors même que ses collaborateurs techniques devaient garder le contact avec les clients et que la chargée de marketing était tenue de chercher de nouvelles idées pour les prochaines expositions et foires. Le SDE a également estimé que la perte de travail ne pouvait plus être qualifiée d'exceptionnelle ou d'extraordinaire puisque celle-ci avait oscillé entre 85 % et 100 % depuis le mois de mars 2020 et les taux d'indemnisation avaient été de 70 à 100 % depuis le mois d'avril 2020. Quand bien même le domaine d'activité de T._____ SA en lien avec la clientèle étrangère restait impacté par les mesures sanitaires à l'entrée du pays, l'entreprise devait tout mettre en œuvre pour éviter autant que possible une perte de travail et s'adapter à la « situation structurelle » en démarchant d'autres clientèles ou marchés qui n'étaient pas frappés par les restrictions actuelles. Elle avait d'ailleurs indiqué qu'elle pouvait mettre en place des formations virtuelles pour ce qui ne touchait pas directement les machines.

T._____ SA s'est opposée à cette décision le 25 mars 2022. Elle a fait valoir que l'augmentation de son chiffre d'affaires s'expliquait par le fait qu'elle était une très jeune société, inscrite en 2018, avec un premier exercice en 2019. Ses formations virtuelles représentaient à peine 5 % du total des formations. La durée normale de travail avait été réduite à la suite du Covid-19 et elle avait d'ailleurs dû licencier un collaborateur au 1^{er} mars 2022.

Par courrier du 30 juin 2022, T._____ SA a répondu à la demande d'informations du SDE du 15 juin 2022. Elle a précisé que sa demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne portait que sur les mois de décembre 2021, janvier 2022 et février 2022, et que depuis lors, la situation pandémique s'était nettement améliorée, même si les carnets de commande n'atteignaient pas encore le volume d'affaires souhaité. Elle a expliqué que pour des raisons économiques, elle avait dû se séparer de J._____ (marketing) fin février 2022 puis de Z._____ (formateur/instructeur) fin avril 2022. Les missions en Afrique du Sud et au Kenya avaient pu débuter au printemps 2022, ses clients au Maroc venaient de rouvrir l'accès aux partenaires étrangers et la mission en Egypte était en cours. Elle a précisé que son activité se déployait sur trois axes principaux, à savoir la formation, le support et le consulting, ainsi que la vente de consommables et de nouveaux produits. Le carnet de commandes 2022 concernait en premier lieu des ventes de produits consommables et les montants y relatifs se rapportaient au chiffre d'affaires et non au bénéfice. La durée des formations variait fortement selon la demande des clients. Les annulations des visites ou missions étaient intervenues pour plusieurs raisons, à savoir l'interdiction d'entrer dans le pays, un nombre trop important de personnes en quarantaine auprès du client, l'obligation d'effectuer une quarantaine de 15 jours avant de pouvoir se déplacer dans le pays, l'interdiction d'entrer sur le site pour des partenaires externes ou le risque d'annulation de vol (aller ou retour). Les expositions et foires avaient repris en Europe, mais pas encore en Asie. L'entreprise a produit une copie de son programme de formation « Apprenticeship ».

Le 11 juillet 2022, la DGEM a réceptionné les documents que la Caisse de chômage avait reçus de l'entreprise depuis décembre 2021.

Par décision sur opposition du 28 juillet 2022, la DGEM a rejeté l'opposition formée par l'entreprise. Elle a tout d'abord relevé que l'autorisation en vue de l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne pourrait être donnée qu'à compter du 5 janvier 2022, date du dépôt du préavis, et non pas à partir du 1^{er} décembre 2021

comme sollicité. Elle a considéré que la perte de travail alléguée n'était ni démontrée ni rendue vraisemblable, étant donné que l'entreprise n'avait apporté aucun élément de preuve concret permettant d'attester qu'elle avait été effectivement empêchée de maintenir ses activités et qu'elle n'expliquait pas en quoi et dans quelle mesure l'apparition du variant Omicron avait compromis l'activité de ses collaborateurs et empêché le déplacement des formateurs chez les clients. L'existence de mesures de quarantaine, d'interdictions d'entrée dans certains pays, le risque d'annulation des vols ne suffisaient pas à rendre vraisemblable une perte de travail de 85 % pour les trois collaborateurs de l'entreprise, celle-ci n'apportant pas d'éléments attestant qu'elle avait été directement confrontée à cette problématique, en particulier en ce qui concerne son activité de formation et de conseils. La nette progression du chiffre d'affaires de l'année 2021 (443'801 fr.) par rapport à 2020 (237'611 fr.) ne permettait pas non plus de justifier la perte de travail alléguée, même si la société était jeune. La perte de travail n'était en outre ni extraordinaire ni temporaire compte tenu de sa régularité pendant deux ans.

B. Par acte de son mandataire du 13 septembre 2022, T. _____ SA a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à ce que l'intimée soit « invitée à statuer dans le sens des considérants ». Elle a réitéré que l'évolution de son chiffre d'affaires était due au fait qu'elle était une très jeune société et que ce chiffre s'expliquait principalement par la vente de consommables, lesquels offraient une marge bien plus faible que les prestations de service, précisant que le résultat de son bilan était négatif. Elle a cité un extrait de son rapport d'activités sur l'exercice 2021 où elle mentionnait l'impact du variant Omicron sur ses prestations de service. Elle a admis qu'elle ne pouvait pas prétendre à des indemnités à titre rétroactif, mais seulement à partir du 5 janvier 2022. Elle a expliqué que l'apparition et la propagation du variant Omicron - qui constituait une circonstance extraordinaire - l'avait contrainte à renoncer à envoyer ses collaborateurs en Afrique du Sud fin 2021 pour un mandat important, qui devait permettre une rentrée financière de 192'300 EUR, correspondant environ à la moitié de son

carnet de commande pour 2022. La perte de travail engendrée par cette situation ne faisait pas partie des risques normaux d'exploitation. La récurrence de ses demandes d'indemnités s'expliquait par celle des mesures sanitaires restreignant notamment les voyages, rappelant qu'il existait une présomption que la perte de travail n'était que temporaire, même lorsqu'un employeur avait recouru régulièrement à cette prestation. Le nombre de contrats qu'elle avait conclus n'était pas déterminant compte tenu de leur disparité, ceux-ci portant sur des montants de 1'000 EUR à 192'300 EUR. Elle a produit ses bilans pour les années 2019 à 2021, son rapport d'activité sur l'exercice 2021, ainsi qu'un article de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) du 26 novembre 2021 sur le variant Omicron.

Dans sa réponse du 21 octobre 2022, la DGEM a conclu au rejet du recours. Elle a notamment rappelé que le maintien de la rentabilité économique ou le manque de financement n'étaient pas pertinents dans la fixation de la perte de travail.

Par réplique du 8 décembre 2022, T. _____ SA a rappelé que la Suisse avait interdit les vols directs en provenance d'Afrique australe à l'époque, produisant un article à ce sujet paru sur swissinfo.ch le 1^{er} décembre 2021. Elle a transmis des échanges de courriels avec la [...] confirmant que l'assistance qu'elle devait lui fournir sur place au mois de décembre 2021 était annulée, ainsi que des documents attestant qu'une formation au Kenya en janvier 2022 avait dû être annulée du fait que l'employé qui devait s'y rendre avait été testé positif au coronavirus. La perte financière d'environ 30'000 fr. que la société avait subie durant les six premiers mois de l'année 2022 attestait selon elle la perte de travail alléguée. Elle a produit des documents concernant sa situation financière au premier semestre 2022.

Dans ses déterminations du 23 décembre 2022, la DGEM a relevé que les éléments de preuve produits auraient pu l'être dans la procédure précédente et qu'une perte de chiffre d'affaires ne suffisait pas,

en l'absence d'une perte de travail dûment attestée et pouvant être prise en charge, à entraîner une indemnisation.

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 en cas de réduction de l'horaire de travail à compter du 5 janvier 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) A teneur de l'art. 36 al. 1 LACI, lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts dans des cas exceptionnels.

Des normes spécifiques en matière de délais ont été introduites en lien avec le coronavirus. Conformément à l'art. 17b al. 1 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 818.102), dans sa teneur en vigueur du 18 décembre 2021 au 31 décembre 2022, aucun délai de préavis ne doit, en dérogation à l'art. 36 al. 1 LACI, être observé pour la réduction de l'horaire de travail.

c) 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).

d) 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 ; Rubin, op. cit., 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).

e) 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 consid. 4.2 ; 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 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 ; TFA C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 3).

f) 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).

g) 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. Aux termes de l'art. 43 al. 1 LPGA, l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin. Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit (al. 1). L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés (al. 2).

En matière d'assurances sociales, où la procédure est régie par le principe inquisitoire, il appartient à l'assureur d'établir d'office les faits pertinents et d'administrer les preuves nécessaires. Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 9C_414/2014 du 31 juillet 2014 consid. 3.1.3 ; TF 8C_364/2007 du 19 novembre 2007 consid. 3.2). Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en œuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction (ATF 132 V 93 consid. 4).

5. a) A titre liminaire, il faut relever, comme l'admet la recourante dans son recours, qu'un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne peut en tous les cas intervenir qu'à compter du 5 janvier 2022, date du dépôt de son préavis auprès de l'intimée. L'octroi d'indemnités de manière rétroactive n'était en effet plus possible à cette période, au vu des dispositions alors en vigueur (cf. consid. 3b et l'art. 17b al. 2 de la loi COVID-19, abrogé au 17 décembre 2021).

b) La DGEM considère en l'espèce que la recourante n'a pas rendu vraisemblable la perte de travail qu'elle allègue. Elle estime, d'une part, que l'entreprise n'a apporté aucun élément de preuve concret permettant d'attester qu'elle a été effectivement empêchée de maintenir ses activités et n'explique notamment pas en quoi et dans quelle mesure l'apparition du variant Omicron a compromis l'activité de ses collaborateurs et empêché le déplacement des formateurs chez les clients. Elle retient, d'autre part, que la perte de travail de 85 % alléguée ne s'explique pas au vu du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en 2021, qui a nettement progressé par rapport à l'année 2020.

La DGEM estime également que la perte de travail n'était ni extraordinaire ni temporaire compte tenu de sa régularité pendant deux ans.

L'intimée soutient finalement que la perte de travail n'était pas inévitable puisqu'il appartenait à la recourante de tout mettre en œuvre pour s'adapter à la situation en démarchant d'autres clientèles ou marchés qui ne sont pas frappés par les restrictions actuelles, notamment par la mise en place de formations virtuelles.

c) Le raisonnement suivi par l'intimée dans le cadre de sa décision sur opposition ne peut être confirmé en l'état, dès lors qu'il ne semble pas reposer sur un examen détaillé de la situation concrète de la recourante. En soutenant – avec légèreté – que les circonstances avancées par la recourante (« pandémie » ; « variant Omicron » ; « mises en quarantaine » ; « interdiction de déplacements (vols) ») n'étaient pas

suffisantes pour justifier une perte de travail, l'intimée a ignoré, malgré les explications fournies par la recourante (cf. renseignements complémentaires du 28 janvier 2022 ; courrier d'opposition du 25 mars 2022), qu'elles avaient inévitablement des conséquences concrètes quant à sa capacité d'exécuter les mandats confiés par ses clients étrangers (situés en Afrique du Sud et au Kenya notamment). Or, dans ses déterminations du 30 juin 2022, la recourante a notamment précisé que les annulations des visites et des missions pouvaient être multifactorielles (interdiction d'entrer dans le pays par suite de la pandémie ; trop de personnes en quarantaine auprès du client ; respect d'une quarantaine pouvant aller jusqu'à 15 jours avant de pouvoir se déplacer dans le pays ; interdiction d'entrer sur le site pour des partenaires externes ; risque d'annulation du vol [aller ou retour]).

Par ailleurs, l'intimée erre lorsqu'elle soutient qu'elle n'a pas à intervenir, au motif que la recourante serait confrontée à des problèmes liés à un manque de rentabilité ou de financement. En réalité, il n'est pas question en l'espèce d'un problème de demande - plusieurs contrats sont en cours -, mais bien à une impossibilité transitoire d'exécuter les mandats confiés en raison de circonstances exceptionnelles indépendantes de sa volonté, ainsi que l'attestent les échanges de courriels avec ses mandants produits par la recourante dans le cadre de la procédure de recours. De même, si le chiffre d'affaires de la recourante a certes progressé entre 2019 et 2021, il ressort des états financiers qu'elle a produits que cette évolution est due à la vente de consommables et aux commissions, et non pas aux prestations de services, lesquelles n'ont rapporté que 295'475 fr. 23 en 2021 alors qu'elles se montaient à 425'413 fr. 79 en 2019. L'existence d'une perte de travail ne saurait dès lors être niée sur la base de la seule évolution du chiffre d'affaires dans le cas d'espèce.

S'agissant du caractère inévitable de la perte de travail, ainsi que la recourante l'a expliqué dans les renseignements complémentaires qu'elle a adressés à l'intimée le 28 janvier 2022 (question 5c), il lui était impossible de donner des formations techniques par le biais d'Internet

(visioconférences), dans la mesure où les formations en lien avec des imprimantes de billets de banque et de documents de haute sécurité (passeports par exemple) doivent répondre à des standards de sécurité extrêmement élevés (formation en présentiel, interdiction de filmer, interdiction du téléphone portable). Ces explications paraissent tout à fait cohérentes au vu du domaine d'activité particulier de la recourante. Dans ce contexte, on ne voit pas comment la recourante aurait pu éviter une perte de travail estimée à 85 % uniquement en enjoignant ses collaborateurs techniques à « garder le contact avec les clients » et la chargée de marketing à « chercher de nouvelles idées pour les prochaines expositions et foires ». De même, s'il est vrai qu'il appartient aux entreprises de tout mettre en œuvre pour éviter autant que possible une perte de travail, notamment en démarchant d'autres clients ou marchés, il convient de rappeler que non seulement la clientèle de la recourante se limite à des banques nationales et autres entités centrales, mais de plus, qu'elle avait précisément décroché des mandats, dont l'exécution – pour certains – a cependant dû être repoussée en raison des restrictions liées à la situation sanitaire.

Contrairement à ce que l'intimée retient, on ne pouvait nier d'emblée le caractère temporaire de la perte de travail alléguée. Il n'apparaît en effet pas que la recourante faisait face à une situation structurelle à laquelle elle était tenue de s'adapter. Au moment de l'examen de sa demande, rien ne laissait à penser que les restrictions de voyage liées au Covid-19 n'allaient pas être levées dès l'amélioration de la situation sanitaire, ce qui a d'ailleurs été le cas et a permis une reprise des activités de la recourante à l'international dès le printemps 2022 (cf. son courrier du 30 juin 2022).

Force est dès lors d'admettre que la recourante a mis en évidence dans ses diverses écritures un certain nombre de circonstances – imprévisibles – qui laissent à penser qu'elle était confrontée – de façon transitoire – à des restrictions de transport au sens de l'art. 51 al. 2 let. c OACI et que, partant, elle pouvait réaliser, sur le principe à tout le moins,

les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour toute ou partie de la période litigieuse.

En tant que l'intimée estime que la recourante n'a pas apporté les éléments de preuve tangibles attestant qu'elle a été directement confrontée à la problématique susmentionnée, elle a, d'une part, ignoré que le Conseil fédéral avait ordonné, le 26 novembre 2021, l'interdiction pour une durée indéterminée de tous les vols en provenance d'Afrique du Sud (art. 9 de l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 [Ordonnance 3 COVID-19 ; RS 818.101.24], dans sa teneur en vigueur à compter du 26 novembre 2021 ; voir également le communiqué de presse du Conseil fédéral du 26 novembre 2021 dédié à cette problématique [*« La Suisse durcit les conditions d'entrée pour les voyageurs en provenance d'Afrique australe et d'autres pays où circule le nouveau variant »*]) et, d'autre part, n'a pas instruit, conformément au principe inquisitoire, si les Etats mentionnés par la recourante avaient effectivement édicté des restrictions à l'entrée sur leur territoire.

Cela étant, les renseignements figurant au dossier ne suffisent pas à établir l'ampleur et la durée des restrictions auxquelles la recourante a été confrontée, ce qui empêche la Cour de céans de trancher la question de savoir si celle-ci peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 5 janvier 2022 (date du dépôt du préavis) au 30 avril 2022, respectivement au 28 février 2022 (selon le courrier de l'entreprise du 30 juin 2022). Dans ces conditions, la cause doit être renvoyée à l'intimée – à qui il appartient d'établir d'office les faits pertinents et d'administrer les preuves nécessaires (art. 43 LPG) – pour instruction complémentaire. Dans ce cadre, il lui appartiendra notamment de déterminer concrètement la nature et la durée des restrictions liées à la situation sanitaire auxquelles la recourante et ses clients ont été confrontés au cours de la période litigieuse.

6. a) Par ailleurs, il faut rappeler que le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'est pas d'assurer l'existence de

l'entreprise ou de couvrir les pertes de chiffre d'affaires ou d'exploitation, mais de préserver des emplois en empêchant des licenciements à court terme en raison de la baisse de travail (ch. 2.3.8 du message du 12 août 2020 relatif à la loi Covid-19 [FF 2020 2068, 6563 ss] ; ATF 147 V 359 consid. 4.6.3). L'art. 31 al. 1 let. c LACI précise d'ailleurs que les travailleurs dont le rapport de travail a été résilié n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Dans ce cas, peu importe qui a donné le congé et quels en ont été les motifs (Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO] B27). Le droit à l'indemnité s'éteint dès le début du délai de congé contractuel, même si l'employeur ou le travailleur a donné le congé longtemps avant le début de ce délai. Si aucun délai de congé n'a été convenu, c'est le délai légal qui est déterminant. Lorsque le rapport de travail est résilié d'un commun accord sans respect du délai de congé légal, le droit à l'indemnité s'éteint immédiatement, soit dès la date de la résiliation anticipée du rapport de travail (Bulletin LACI RHT B28).

b) En l'occurrence, il faut constater que l'entreprise a licencié deux des trois collaborateurs qu'elle occupait et pour lesquels elle sollicite des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Dans ses explications du 30 juin 2022, T. _____ SA explique qu'elle a dû se séparer de J. _____ fin février 2022, puis de Z. _____ fin avril 2022 pour des raisons économiques. En application de l'art. 31 al. 1 let. c LACI, ces collaborateurs n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pendant la durée du délai de résiliation. Il appartiendra dès lors à la DGEM, dans le cadre du renvoi, d'instruire également la cause afin de déterminer quels étaient les délais de résiliation en question.

7. a) Le recours est dès lors admis. La décision sur opposition du 28 juillet 2022 est annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction dans le sens des considérants, puis nouvelle décision.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 28 juillet 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est annulée, la cause lui étant renvoyée pour complément d'instruction au sens des considérants, puis nouvelle décision.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV.** La Direction générale de l'emploi et du marché du travail versera à T. _____ SA une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents 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 à :

- Me Yvan Henzer (pour la recourante),
- 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).

La greffière :