

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 3 février 2023

---

Composition : M. PIGUET, président  
M. Neu et Mme Pasche, juges  
Greffière : Mme Berseth

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**Z.** \_\_\_\_\_, [...], recourante, représentée par Me Gilles-Antoine Hofstetter,  
avocat à Lausanne,

et

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

---

**Art. 31 al. 1, 32 et 33 al. 1 let. a LACI**

**E n f a i t :**

**A. a)** Z.\_\_\_\_\_ (ci-après : Z.\_\_\_\_\_ ou l'entreprise) est une société en raison individuelle qui a pour but l'exploitation d'un restaurant.

A la suite du dépôt de plusieurs demandes de prestations entre le 27 mars 2020 et le 25 novembre 2021 auprès du Service de l'emploi (depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022 : Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM]), Z.\_\_\_\_\_ a été mise au bénéfice d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail dans le contexte de la pandémie de coronavirus (COVID-19) entre le 12 mars 2020 et le 30 juin 2022.

**b)** Le 22 juin 2022, l'entreprise a déposé une nouvelle demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2022. Elle a fait valoir qu'elle s'attendait à une perte de travail d'au moins 50% durant la période concernée, perte qu'elle espérait passagère puisque les clients revenaient progressivement à la suite de la crise liée à la pandémie.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2022, en réponse à une mesure d'instruction de la DGEM, l'entreprise a indiqué qu'elle connaissait des difficultés financières en raison d'une perte de travail et de chiffre d'affaires de plus de 50% induite par le télétravail encore largement appliqué dans les entreprises. Elle a indiqué que les heures d'ouverture du restaurant n'avaient pas changé, mais que le cuisinier travaillait selon un horaire réduit depuis mars 2020, défini selon les mises en place et les réservations.

Par décision du 15 juillet 2022, la DGEM a rejeté la demande d'indemnités précitée, au motif que l'entreprise n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle subissait une perte de travail de plus de 50% dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022, alors que les mesures sanitaires de lutte contre le COVID-19 avaient été levées depuis plus de quatre mois. La perte de chiffre d'affaires, les problèmes de trésorerie et la fluctuation du carnet de commandes invoqués par l'entreprise ne pouvaient donner lieu à une

indemnisation de l'assurance-chômage, qui n'avait pas pour vocation d'être une source de financement de l'employeur.

Le 20 juillet 2022, Z. \_\_\_\_\_ s'est opposée à la décision du 15 juillet 2022, faisant valoir que l'établissement serait contraint de fermer s'il ne pouvait pas bénéficier des prestations requises jusqu'à la reprise d'activité attendue pour la fin de l'année.

Par décision sur opposition du 12 septembre 2022, la DGEM a rejeté l'opposition précitée et confirmé la décision du 15 juillet 2022. L'autorité a retenu que les difficultés rencontrées par l'entreprise n'étaient pas survenues abruptement, qu'elles résultaient d'une modification des habitudes de la clientèle et n'avaient plus de lien direct avec les mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie de COVID-19, qui avaient été levées le 17 février 2022. Il s'agissait plutôt d'un phénomène structurel qui impactait défavorablement et durablement la branche d'activité et qui ne pouvait pas être mis à la charge de l'assurance-chômage, dès lors que l'évolution de l'environnement économique faisait partie des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation qui devaient généralement être assumés par l'entreprise.

**B.** Par acte du 13 octobre 2022, Z. \_\_\_\_\_, représentée par Me Gilles-Antoine Hofstetter, a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition du 12 septembre 2022, dont elle a conclu, principalement, à la réforme dans le sens d'un préavis favorable à sa demande de mesures de réduction de l'horaire de travail pour la période courant du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2022 et, subsidiairement, à l'annulation suivie du renvoi de la cause à l'autorité intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants. A l'appui de sa contestation, l'entreprise a soutenu qu'elle subissait une baisse brutale, imprévisible et significative de son chiffre d'affaires qui coïncidait avec la pandémie de COVID-19 et les mesures restrictives prises à cet égard par les autorités. Elle a déduit de ces circonstances que sa perte de travail revêtait un caractère exceptionnel permettant l'ouverture d'un droit à l'indemnité en

cas de réduction de l'horaire de travail. L'entreprise a en particulier contesté que la baisse de fréquentation rencontrée était due à l'évolution de l'environnement économique et constituait des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation, cette diminution de fréquentation étant selon elle au contraire indiscutablement liée à la pandémie, dont la persistance avait nécessité le maintien du télétravail au sein de nombreuses entreprises. Z.\_\_\_\_\_ a encore soutenu que rien ne permettait à l'autorité d'affirmer que la mise en place du télétravail relevait d'un phénomène structurel, estimant au contraire que les aménagements nécessités par la pandémie, dont faisait partie le télétravail, disparaîtraient avec un retour au *statu quo ante*, une fois la situation pandémique normalisée.

Par réponse du 4 novembre 2022, la DGEM a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise.

Par réplique du 28 novembre 2022, Z.\_\_\_\_\_ a maintenu ses conclusions.

### **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 l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dès le 1<sup>er</sup> 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).

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 (let. a LACI) et si elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b LACI). 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 pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur.

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).

La perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien, ou à d'autres interrup-

tions habituelles et réitérées de l'exploitation, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI).

**b)** La LACI ne définit pas ce que recouvre la notion de « facteurs d'ordre économique ». Le Tribunal fédéral procède à une interprétation large de ce terme et a en particulier refusé d'opérer une distinction claire entre les facteurs conjoncturels et structurels. Les motifs conjoncturels et structurels sont d'ailleurs souvent juxtaposés, voire imbriqués les uns dans les autres. La conjoncture défavorable se manifeste par une baisse plus ou moins généralisée de la demande de biens et de services. Les problèmes structurels dont il est question ici, c'est-à-dire ceux qui sont à l'origine d'une perte de travail, se caractérisent le plus souvent 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 (ATF 128 V 305 consid. 3a ; TF 8C\_267/2012 du 28 septembre 2012 consid. 3.1 ; 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 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 ; TFA C 192/02 du 19 décembre 2002 *in* SVR 2003 ALV n° 9 p. 27 ; TFA du 10 mars 1994 *in* DTA 1995 n° 20 p. 117 consid. 1b).

**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, l'intimée a fondé son refus de prester sur le fait que les difficultés économiques invoquées par la recourante résultaient d'une modification des habitudes de sa clientèle, phénomène structurel inhérent aux risques d'exploitation de toute entreprise qui n'avait plus de lien direct avec les mesures prises par le Conseil fédéral dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19.

Il ressort du dossier produit par l'intimée que la recourante a bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail quasi sans interruption du 12 mars 2020 au 30 juin 2022, soit sur une période de vingt-sept mois. Au moment de se prononcer sur le renouvellement du droit à l'indemnité, il existait de sérieux indices permettant de renverser la présomption selon laquelle la perte de travail serait vraisemblablement temporaire. Ainsi que l'a souligné l'intimée, les mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus concernant notamment le secteur de la restauration ont été levées avec effet au 17 février 2022, si bien qu'il n'y avait plus à compter de cette date aucune mesure de lutte susceptible d'impacter l'activité de la recourante. La diminution continue du chiffre d'affaires subie depuis lors résulte par conséquent, comme

l'admet d'ailleurs la recourante, de la baisse de fréquentation de son établissement consécutive à la modification des habitudes de la clientèle. A cet égard, il est peu probable que, comme le soutient la recourante, cette diminution soit liée dans le cas d'espèce à l'élargissement du télétravail, dès lors que l'économie de K.\_\_\_\_\_, où se trouve l'établissement exploité par la recourante, est axée principalement sur l'industrie (horlogerie et microtechnique). Dans les faits, la recourante fait face à un phénomène structurel qui impacte défavorablement et durablement son activité. Dès lors que 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 et que, selon l'art. 31 al. 1 let. d LACI, seule une perte de travail vraisemblablement temporaire peut être indemnisée, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail afin de compenser la perte de travail subie par son employé dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022.

C'est ainsi 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 postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2022.

**5. a)** Sur le vu de ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 12 septembre 2022 confirmée.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f<sup>bis</sup> LPGA), ni d'allouer de dépens à la recourante, qui n'obtient pas gain de cause (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 12 septembre 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est confirmée.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

**Du**

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

- Me Gilles-Antoine Hofstetter (pour le recourant), à Lausanne,
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :