

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 mars 2023

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Pasche et Gauron-Carlin, juges
Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

B. _____ SA, à [...], recourante, représenté par Me Urs Portmann, 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 toutes activités reliées avec la santé, le bien-être, la cosmétique, la pharmaceutique, la recherche scientifique, l'exploitation de centres médicaux, centres de santé et bien-être, laboratoire, ainsi que la commercialisation des produits de santé et pharmaceutique. Elle exploite le B. _____ au sein de l'hôtel [...] à [...].

A la suite du dépôt de plusieurs demandes de prestations entre le 13 mars 2020 et le 26 novembre 2021 auprès du Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : la Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM ; ci-après également : l'intimée]), la société a été mise au bénéfice d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail du 16 mars 2020 au 6 juin 2022 dans le contexte de la pandémie de COVID-19 (cf. décisions des 4 mai, 22 décembre 2020, 3 mars, 9 avril, 27 mai, 1^{er} juillet 2021 et 21 janvier 2022).

b) Le 19 mai 2022, B. _____ SA a déposé une nouvelle demande d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période du 7 juin au 6 décembre 2022. Elle a fait valoir qu'elle s'attendait à une perte de travail de 25 % durant la période concernée pour son unique collaboratrice, se prévalant de réservations quasiment réduites à néant de la part de sa clientèle, principalement constituée de ressortissants asiatiques et russes, en raison des mesures sanitaires imposées par le gouvernement chinois et du conflit armé entre la Russie et l'Ukraine.

Le 7 juin 2022, en réponse à une mesure d'instruction du SDE, la société a indiqué que la perte de travail était causée par les événements internationaux sur ses principaux marchés, à savoir la Chine (représentant 66 % de son chiffre d'affaires en 2019) et la Russie (représentant 12 % de son chiffre d'affaires en 2019). Les conditions de voyage des ressortissants chinois étaient très restrictives, alors que les

ressortissants russes étaient entravés par le conflit armé avec l'Ukraine. Le chiffre d'affaires de la société avait ainsi baissé de près de 90 % en 2020 et 2021, respectivement de 60 % en 2022. La réduction de l'horaire de travail concernait par ailleurs uniquement sa directrice marketing, laquelle assumait depuis 2021 la responsabilité du centre au niveau opérationnel. Les tâches administratives avaient été externalisées, tandis que les activités liées aux soins étaient exercées par des collaborateurs rémunérés par un salaire horaire à des taux variables (médecin et infirmiers). Elle précisait maintenir une communication active avec ses partenaires russes et chinois, tout en s'efforçant de développer de nouvelles activités et de nouveaux marchés.

Par décision du 23 juin 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, celles-ci ayant pris fin en Suisse dès le 17 février 2022 relativement à la pandémie de Covid-19. Des fluctuations saisonnières habituelles devaient être prises en compte, lesquelles ne fondaient pas un droit à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Le SDE observait par ailleurs que la société avait restreint le cahier des charges de sa collaboratrice, ce qui permettait de douter que la perte de travail soit inévitable. La restriction des tâches de cette collaboratrice entravait potentiellement, à son avis, les mesures destinées à limiter le dommage, soit la recherche de nouveaux marchés et l'introduction de nouvelles activités. Enfin, la société faisait vraisemblablement face à un manque de ressources financières, ce qui sortait du cadre de l'indemnisation en cas de réduction de l'horaire de travail.

Le 5 juillet 2022, B. _____ SA s'est opposée à la décision précitée. Elle a notamment mis en évidence la baisse de son chiffre d'affaires en raison de la défection de sa clientèle chinoise et russe, ainsi que les différentes mesures prises en vue de réorganiser son établissement et restreindre la masse salariale (absence de création de postes supplémentaires, engagement de personnel sur appel, création de nouveaux programmes et packages en vue d'attirer la clientèle locale). En

dépit de ces mesures, la défection de sa clientèle usuelle, causée par les mesures prises par les autorités d'états étrangers, avait un impact inévitable sur son activité et son chiffre d'affaires. La société a dès lors réitéré sa demande d'indemnisation formulée le 19 mai 2022 pour la période du 7 juin au 6 décembre 2022.

Par décision du 26 septembre 2022, la DGEM a rejeté l'opposition de la société et confirmé la décision du 23 juin 2022. L'autorité a réitéré ses précédents arguments. Elle a considéré que la perte de travail ne pouvait être qualifiée d'inévitable, en présence de fluctuations saisonnières habituelles dans le secteur tertiaire et des difficultés financières présentées par la société.

B. a) B. _____ SA, assistée de Me Urs Portmann, a déféré la décision sur opposition du 26 septembre 2022 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, par mémoire de recours du 27 octobre 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 du 7 juin au 6 décembre 2022, compte tenu d'une perte de travail de 25 % encourue par son unique employée. Elle a reproché à la DGEM d'avoir basé son appréciation sur des faits inexacts et incomplets, arguant que si des fluctuations saisonnières devaient certes être retenues, elles n'avaient jamais atteint un niveau aussi bas que depuis la pandémie et la crise en Ukraine. Sa perte de travail était, à son avis, manifestement extraordinaire en raison de ces événements et des mesures étatiques prises par les états étrangers. Par ailleurs, il ne lui était pas possible de constituer une nouvelle clientèle rapidement, en dépit de sa réorientation sur de nouveaux marchés. Les exigences énoncées par la DGEM et ses considérations relatives au secteur tertiaire ne prenaient pas en compte la nature particulière de son activité. Elle a enfin réitéré faire face à une perte de travail proche de 90 % depuis l'année 2019.

b) La DGEM a répondu au recours le 2 décembre 2022, concluant à son rejet. Elle a relevé que la société était confrontée à la même problématique depuis plus de deux ans, ce qui justifiait de la

qualifier de durable et structurelle. Elle a, au surplus, renvoyé aux pièces de son dossier et à la teneur de la décision sur opposition litigieuse.

c) Par réplique du 23 janvier 2023, la société a persisté dans ses conclusions. Elle a proposé l'audition de sa directrice en qualité de témoin en vue d'attester des efforts entrepris pour réorienter son activité et modifier les programmes de cure à l'attention d'une clientèle diversifiée.

d) Le 9 février 2023, la DGEM a maintenu ses conclusions, réitérant que la perte de travail alléguée par la société ne pouvait plus être qualifiée de temporaire au vu du temps écoulé depuis le premier octroi d'indemnités.

e) Le 20 février 2023, la société a souligné que sa réorientation ne pouvait se faire en quelques mois, en raison du lien de confiance devant être créé avec une nouvelle clientèle. L'autorité ne tenait, à son avis, pas compte de la seconde crise constituée par la guerre en Ukraine, de sorte que la décision sur opposition incriminée reposait sur un état de fait incomplet.

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 7 juin au 6 décembre 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. a) En l'occurrence, la recourante a régulièrement bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail entre le 16 mars 2020 et le 6 juin 2022 dans le contexte de la pandémie de Covid-19. Il convient de déterminer si la recourante peut prétendre à la poursuite du versement de cette indemnité pour la période du 7 juin au 6 décembre 2022.

b) On précisera, à titre liminaire, que les mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus ont été levées avec effet au 17 février 2022 (cf. communiqué du Conseil fédéral du 16 février 2022), si bien qu'il n'existait, au moment de se prononcer sur le renouvellement du droit à l'indemnité, aucune mesure étatique restrictive susceptible d'impacter l'activité de la recourante. Par conséquent, la situation de cette dernière ne saurait être examinée sous l'angle des art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités ou dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur).

5. a) En l'espèce, on observe que 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. L'intimée a retenu que les fluctuations importantes des réservations de séjour étaient habituelles au sein de l'établissement de la recourante et ne pouvaient justifier la prise en considération d'une perte de travail à compter du 7 juin 2022. Or l'intimée fait totalement abstraction des différences importantes de chiffres d'affaires que la recourante a connu entre les années 2018 et 2019 (479'271 fr. et 300'690 fr. selon les chiffres communiqués en procédure d'opposition) et les années 2020 et 2021 (136'663 fr. et 104'009 fr.). De même, en soutenant que les circonstances avancées par la recourante (« pandémie » ; « crise en Ukraine ») n'étaient pas suffisantes pour justifier une perte de travail, l'intimée semble ignorer qu'elles ont pourtant des conséquences concrètes quant à la fréquentation de l'établissement de la recourante eu égard au modèle économique choisi par celle-ci.

b) Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner plus en détail si le raisonnement tenu par l'intimée peut néanmoins être protégé, la décision sur opposition querellée devant être confirmée pour un autre motif.

6. a) En l'occurrence, il est établi que la recourante a bénéficié de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail du 16 mars 2020 au 6 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 que la perte de travail serait vraisemblablement temporaire et que les emplois pourraient être maintenus. Ainsi que le reconnaît la recourante, la diminution continue du chiffre d'affaires subie depuis le mois de mars 2020 résulte de la baisse de fréquentation de son établissement en raison de la défection de la clientèle chinoise et russe. Dans les faits, la recourante fait donc face à un phénomène structurel – lié au business model qu'elle a choisi – qui impacte défavorablement et durablement son activité. Or, dans la mesure où l'évolution de l'environnement économique fait partie des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation qui doivent généralement être assumés par une entreprise au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, la recourante ne saurait prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail afin de compenser la perte de travail subie par son employée.

b) Dans ces conditions, il y a lieu de retenir que la réduction de l'horaire de travail ne revêtait 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. C'est le lieu de préciser qu'il n'appartient pas à l'assurance-chômage de contribuer, par son intervention, à financer une adaptation structurelle qui apparaît nécessaire en l'espèce au regard des incertitudes concernant la reprise du tourisme chinois et le conflit armé en Ukraine.

c) 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 du 7 juin au 6 décembre 2022.

d) Enfin, on ne voit pas que l'audition de la directrice de la recourante soit susceptible de modifier l'issue du présent litige, de sorte que la requête formulée à cette fin peut être écartée par appréciation anticipée des preuves (ATF 124 V 90 consid. 4b et 122 V 157 consid. 1d).

7. a) Sur le vu de ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 26 septembre 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 (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 26 septembre 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.

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 Urs Portmann, 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 :