

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 janvier 2024

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Di Ferro Demierre et Durussel, juges
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

L._____ **SA**, à J._____, recourante, représentée par Me Olivier Subilia,
avocat à Lausanne,

et

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

E n f a i t :

A. **a)** En date du 31 mars 2020, l'entreprise L._____ SA (ci-après : L._____ SA ou la recourante) a transmis au Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : Direction générale de l'emploi et du marché du travail) un préavis par lequel elle a requis l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail pour huitante-huit employés dès le 1^{er} avril 2020. La demande était motivée par la généralisation de l'horaire du samedi à tous les jours de la semaine, sauf le dimanche, en lien avec la pandémie du Covid-19.

b) Après avoir procédé à diverses mesures d'instruction, le SDE a, par décision du 11 juin 2020, rejeté la demande tendant au versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au motif qu'en vertu de son mandat de fournisseur de prestations publiques et considérant l'objectif visé par ladite indemnité, l'assurance-chômage ne pouvait intervenir dans le cas présent.

c) Malgré l'opposition formée par L._____ SA contre cette décision, le SDE a confirmé la teneur de cette dernière par décision sur opposition du 5 février 2021.

B. **a)** Par acte du 10 mars 2021, L._____ SA a, par l'intermédiaire de Me Olivier Subilia, avocat à Lausanne, déféré la décision sur opposition rendue le 5 février 2021 par le SDE à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, à sa réforme, en ce sens que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, principalement, lui soit accordée ou, subsidiairement, lui soit accordée dans son principe, sous réserve de l'examen des situations individuelles des travailleurs concernés. Très subsidiairement, elle a conclu à son annulation et au renvoi de l'affaire au SDE pour nouvelle décision.

 En premier lieu, elle faisait valoir que le SDE ne pouvait raisonnablement soutenir que ses coûts d'exploitation étaient entièrement

couverts par les subventions. S'agissant du trafic régional des voyageurs, la convention applicable montrait clairement que la subvention était plafonnée et ne prenait pas en considération le déficit effectif. Dans la mesure où l'épidémie de Covid-19 avait eu un impact sur la vente des billets, les recettes avaient diminué d'autant. Compte tenu de la subvention plafonnée, cela représentait automatiquement un déficit non couvert dans ce secteur. S'agissant du secteur infrastructure, la convention était également plafonnée. Ce secteur étant principalement financé par le prix d'utilisation du sillon, versé par le secteur du trafic régional des voyageurs, les recettes allaient automatiquement chuter. Au surplus, l'existence d'une garantie de prise en charge devait être opérée au moment où la demande d'indemnité était déposée, et pas *a posteriori*. En alléguant qu'il était possible – mais pas certain – qu'une partie des coûts pouvaient être couverts par des décisions ultérieures, le SDE démontrait qu'il n'existait pas de garantie que tous les coûts d'exploitation étaient couverts au moment du dépôt de la demande d'indemnité.

En second lieu, elle estimait qu'il y avait lieu de reconnaître le risque concret pour les emplois. En règle générale, l'activité de transport public s'exerçait en bonne partie à perte et les collectivités publiques assumaient contractuellement la partie qui, dans le cadre d'une exploitation raisonnable, ne pouvait être obtenue par la billetterie en particulier. Lorsque le maintien à tout crin d'un service de transport se faisait complètement à perte, avec un risque soit de voir disparaître l'entreprise de transport, soit de voir exploser les demandes d'aides à fonds perdus, il fallait douter que la collectivité publique se satisfasse du maintien de l'offre plutôt que d'un redimensionnement temporaire. Au moment où elle a eu recours au chômage partiel, elle avait réduit son offre et ne pouvait plus occuper le personnel concerné. A ce moment précis, le risque pour l'emploi était réel, comme il l'était pour toutes les entreprises qui avaient reçu un préavis positif. C'étaient ces circonstances qui justifiaient le risque, et non l'évolution ultérieure. Le retour ultérieur à la normale n'imposait pas une réévaluation du droit aux prestations, mais constituait le fondement de ce droit. Au surplus, elle engageait ses employés par contrat de droit privé régi seulement par une convention

collective cadre. Or cette convention n'excluait pas les licenciements pour motif économique.

Pour finir, L._____ SA reprochait au SDE de n'avoir pas examiné plusieurs arguments qu'elle avait soulevés au cours de la procédure d'opposition. Premièrement, il n'avait pas tenu compte du fait que le Conseil fédéral avait, au plus fort de la pandémie, élargi le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail à des catégories d'employés ne courant aucun risque de licenciement en raison de leur statut (employés au bénéfice d'un contrat à durée déterminée ; personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur ou qui travaillent dans l'entreprise du conjoint ou du partenaire enregistré) ; il en avait fait une mesure de soutien aux entreprises fondée sur le long terme et plus seulement sur les risques immédiats pour l'emploi. Deuxièmement, il fallait admettre que la décision entreprise violait l'équilibre des charges entre la Confédération et les cantons ou les communes, dans la mesure où le refus du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en tant qu'il conduisait à faire supporter à l'Etat de Vaud et aux communes les conséquences financières de mesures imposées par la Confédération, revenait à un transfert illicite de charges entre la Confédération, d'une part, et les cantons et communes, d'autre part.

b) Par ordonnance du 17 mars 2021, le Juge instructeur a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu sur le sort du recours déposé auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par la compagnie de transports publics H._____ SA, la cause semblant poser des questions juridiques similaires à celles faisant l'objet de la présente procédure.

c) Par ordonnance du 29 septembre 2021, le Juge instructeur a annoncé la reprise de la procédure à la suite de l'arrêt rendu le 28 juillet 2021 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal dans la cause précitée (CASSO ACH 36/21 - 145/2021), arrêt par lequel le recours formé par la compagnie de transports publics H._____ SA a été rejeté.

d) Interpellée par le Juge instructeur quant à la suite qu'elle entendait donner à la présente procédure à la suite de l'arrêt CASSO ACH 36/21 - 145/2021, L._____ SA a déposé des observations le 21 octobre 2021. Elle a notamment fait part de son incompréhension s'agissant de la différence opérée par la Cour de céans dans l'arrêt précité entre un mandat de prestation public et tout autre mandat. De son point de vue, les décisions prises par la Confédération l'avaient été avec l'idée que les communes, en particulier, en assumeraient forcément les conséquences économiques, ce qui n'était pas vrai. Les communes ne sont pas des entités aux moyens illimités qui couvrent dans tous les cas les surcoûts d'un mandat de prestations. Par ailleurs, les considérations selon lesquelles les entreprises de transports, parce qu'elles ont un mandat de prestation de droit public, n'auraient « objectivement » pas la possibilité de réduire leur masse salariale parce que cela les entraînerait à diminuer leurs prestations, étaient tout simplement fausses.

e) Dans sa réponse du 17 novembre 2021, le SDE a conclu au rejet du recours. Il a relevé qu'il ressortait de l'instruction qu'il avait mené que L._____ SA disposait d'une garantie de déficit de la part d'acteurs étatiques pour le transport des voyageurs et qu'il n'existait pas de risque que les rapports de travail ne perdurent pas. Dès lors, l'existence de la société n'était pas menacée par des pertes financières subies - limitées à une période relativement brève - sur les revenus des transports et elle ne risquait pas la fermeture ou la cessation de son activité de transport de voyageurs. Il ne pouvait être retenu que l'entreprise supportait un risque entrepreneurial ou de faillite au même titre qu'une entreprise purement privée ne percevant aucune source de financement public et devant faire face seule à l'ensemble de ses coûts d'exploitation. De plus, étant titulaire d'une concession de transports publics, l'entreprise devait assurer un retour à la normale des prestations contractuellement convenues de service public, ce qui impliquait l'engagement au complet de son personnel.

f) L._____ SA s'est déterminée le 24 novembre 2021 et a maintenu ses conclusions.

g) Par arrêt du 5 avril 2022 (CASSO ACH 54/21 - 54/2022), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a rejeté le recours de L._____ SA et confirmé la décision sur opposition rendue le 5 février 2021 par le SDE. Elle a notamment mis en exergue les points suivants :

8.

a) Les mesures de lutte contre le coronavirus et la déclaration de la « situation extraordinaire » conformément à la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp ; RS 818.101) ont eu des incidences massives sur les transports publics. En raison de la recommandation urgente du Conseil fédéral de rester à la maison et de limiter autant que possible la mobilité, la demande en offres de transports publics a subi une baisse allant jusqu'à 80 % (cf. Message du Conseil fédéral du 12 août 2020 concernant la loi urgente sur le soutien des transports publics durant la crise du COVID-19, FF 2020 6493, 6498).

b) D'après le rapport de gestion 2020 de la recourante (p. 16 [qui peut être consulté à l'adresse Internet suivante : [https://www.L._____SA.ch/data/dataimages/ Upload/L._____SA_Rapport-de-gestion_2020.pdf](https://www.L._____SA.ch/data/dataimages/Upload/L._____SA_Rapport-de-gestion_2020.pdf)]), celle-ci a, dans le cadre des mesures d'endiguement du coronavirus, réduit son offre conformément aux recommandations des autorités fédérales et cantonales, en adaptant l'ensemble de son offre de transports. Dès le 20 mars 2020, elle a supprimé les courses nocturnes puis, dès le 23 mars 2020, les trains ont circulé selon l'horaire du samedi, du lundi au vendredi. Dès le 6 avril 2020, elle a introduit un nouvel horaire réduit. Dès le 11 mai 2020, l'horaire du samedi a à nouveau été appliqué, avant un retour à la normale dès le 2 juin 2020 et une reprise des courses nocturnes à compter du 3 juillet 2020.

c) Il n'est pas contestable que la réduction de l'offre de transports publics durant la période de confinement a entraîné des pertes de recettes, lesquelles n'ont plus permis aux entreprises de transports publics de couvrir les coûts fixes – en matière d'infrastructure et de personnel – qu'elles avaient planifiés. Compte tenu des mécanismes de financement mis en place, il appartient à la recourante elle-même s'agissant du transport public régional de voyageurs de couvrir le déficit provoqué par cette chute de recette. Dans la mesure où l'Etat subventionne des entités privées devant effectuer une tâche publique, il doit mettre à disposition les fonds nécessaires afin d'assurer leur équilibre financier. A l'instar de l'intimé, on peut également se demander si la recourante ne dispose pas d'une garantie de déficits plus étendue (cf. art. 16 al. 2 Convention-TRV). Cette question peut néanmoins souffrir de demeurer indécise, compte tenu de ce qui suit.

9.

Dans le cadre de l'examen de la présente affaire, il n'y a pas lieu de tenir compte des mécanismes mis en place par la Confédération (loi fédérale du 25 septembre 2020 sur le soutien des transports publics

durant la crise du COVID-19 ; RO 2020 3825) et par l'Etat de Vaud (décret du 16 mars 2021 accordant un soutien extraordinaire aux transports publics régionaux et urbains pour atténuer les pertes provoquées par le coronavirus [COVID-19] durant l'année 2020 ; BLV 740.21.160321.1) afin de permettre aux entreprises de transports publics de réduire leurs pertes financières subies durant la crise du Covid-19. Ainsi que l'a précisé la jurisprudence, la question de savoir si les conditions à l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail doit s'examiner de façon prospective à la lumière des circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 371 consid. 2a ; DTA 1989 n° 12 p. 121 consid. 3a).

10.

a) En vertu de l'art. 11 de la Convention-TRV, la recourante est tenue, tout au long de la durée des conventions, de « s'assure[r] du maintien permanent de la qualité des prestations, à savoir notamment l'application de l'horaire publié, la garantie des correspondances, la disponibilité de moyens d'exploitation et de la capacité de production nécessaires à l'exécution de l'horaire, ainsi que, le cas échéant, des prestations supplémentaires telles que l'accompagnement des trains, le service de sécurité, les possibilités de transport pour handicapés, l'acheminement des bicyclettes, le service de restauration, la distribution et l'information aux voyageurs ».

b) En l'occurrence, la réduction de l'offre à laquelle a procédé la recourante est la conséquence de la recommandation urgente du Conseil fédéral de rester à la maison et de limiter autant que possible ses déplacements. Un tel facteur - de nature conjoncturelle - n'est toutefois pas de nature à remettre en cause, dans son principe, l'offre convenue avec les commanditaires (Confédération et canton). Même si la durée des restrictions mises en place n'était pas prévisible, les activités de la recourante allaient nécessairement reprendre à plus ou moins court terme dans les limites convenues dans les conventions de prestations, dans la mesure où l'offre répond aux besoins de la vie sociale et économique de la zone concernée.

c) Aussi, quoi qu'en dise la recourante, les personnes touchées par les mesures de réduction de l'horaire de travail ne couraient aucun risque économique. Il appert du dossier qu'au moment du prononcé de la décision attaquée, la recourante n'a d'ailleurs pas rendu vraisemblable qu'elle serait exposée à court terme à des pertes de revenus suffisamment importantes pour mettre en cause les emplois. Compte tenu des obligations auxquelles la recourante était tenue en vertu des conventions signées avec ses commanditaires, elle n'avait objectivement pas la possibilité - même si les dispositions contractuelles applicables autorisaient en tout temps des licenciements pour motif économique - de procéder au licenciement de ses collaborateurs, au risque sinon de ne pouvoir remplir ses mandats de prestations - d'exploitation et d'entretien des infrastructures - au moment où les restrictions d'activités seraient levées. L'existence de la recourante n'était ainsi nullement en jeu et il n'y avait pas de risque de fermeture de l'exploitation. Faute de menace sur l'emploi, la recourante ne remplissait par

conséquent pas les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

d) En théorie, l'augmentation subite des coûts des transports à la charge des collectivités publiques – en raison notamment d'un événement tel que la crise du Covid-19 – peut aboutir, comme le relève la recourante, à la redéfinition de l'offre de prestations de la part des commanditaires et, partant, à un ajustement des effectifs de la part de l'entreprise de transport. Pour autant, de telles modifications – de nature structurelle – ne peuvent être valables que pour le futur et ne sauraient remettre en cause la validité des conventions en cours.

C. Par arrêt du 30 janvier 2023 (TF 8C_328/2022), la IV^e Cour de droit public du Tribunal fédéral a partiellement admis le recours interjeté par L. _____ SA, a annulé l'arrêt de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du 5 avril 2022 et lui a renvoyé la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a considéré ce qui suit :

7.2. Comme on l'a vu (cf. consid. 4 supra), les entreprises qui fournissent des prestations publiques ne sont pas en tant que telles exclues du cercle des potentiels bénéficiaires du droit à l'indemnité en cas de RHT. Pour ces entreprises, on reconnaît un risque de disparition d'emplois si, en cas de recul de la demande ou de réduction de l'offre chez le mandataire, il n'existe pas de garantie que les coûts d'exploitation seront entièrement couverts, et si les entreprises concernées ont la possibilité de procéder à des licenciements à brève échéance dans l'objectif de faire baisser les coûts d'exploitation. En l'espèce, si la réduction du temps de travail du personnel roulant et technique touche des secteurs de la recourante dans lesquels il n'y a pas de garantie d'une couverture complète des coûts d'exploitation, celle-ci supporterait, comme toute entreprise privée, un risque d'exploitation ou de faillite correspondant, auquel une telle entreprise ferait face par des licenciements (cf. arrêt 8C_769/2021 du 3 mai 2022 consid. 6, qui concerne également une entreprise de transport public). Or, dans l'arrêt entrepris, la cour cantonale n'a pas clairement tranché la question de la couverture des coûts d'exploitation. Elle a en effet retenu à cet égard qu'il appartenait à la recourante de couvrir le déficit provoqué par la chute des recettes, tout en évoquant la possibilité d'une garantie de déficit plus étendue. En outre, le fait de percevoir des subventions ne signifie pas encore que les coûts d'exploitation sont entièrement couverts par les pouvoirs publics (cf. arrêt 8C_157/2022 du 8 septembre 2022 consid. 3.4.1). Enfin, la possibilité de procéder à des licenciements à brève échéance s'examine non pas au regard de la main d'oeuvre nécessaire pour fournir les prestations publiques selon l'offre soumise aux commanditaires, mais au regard de la réglementation applicable au personnel (cf. consid. 4.3.2 supra). L'arrêt attaqué ne dit rien à ce propos quand bien même la recourante a produit la documentation appropriée dans le cadre de son opposition. La cour cantonale a donc violé le droit fédéral en niant le droit de la recourante aux indemnités en cas de RHT sans instruire et examiner de manière

approfondie l'étendue de la couverture des frais d'exploitation par les pouvoirs publics ainsi que les possibilités concrètes de résiliation sur la base du régime applicable au personnel.

D. **a)** Reprenant l'instruction de la cause au mois de décembre 2023, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a informé les parties qu'elle n'entendait pas procéder à un complément d'instruction et leur a imparti un délai pour déposer leurs éventuelles déterminations.

b) Dans ses déterminations du 10 janvier 2024, L. _____ SA a exposé, sur la base des faits du dossier, qu'elle ne disposait pas d'une garantie de déficit complet, qu'elle était exposée dès lors à un risque commercial et que les dispositions contractuelles applicables ne lui interdisaient pas de licencier ses employés. Elle a par conséquent conclu à l'admission du recours dans le sens des considérants du Tribunal fédéral.

c) Dans ses déterminations du 10 janvier 2024, la DGEM a proposé une nouvelle fois le rejet du recours, soulignant que les garanties de déficit fournies par les différents commanditaires étaient suffisamment établies et permettaient de couvrir le déficit total pour le transport régional de voyageurs, si bien que l'existence de l'entreprise n'était pas menacée par un risque de faillite ou un risque de fermeture d'exploitation.

E n d r o i t :

1. La Cour des assurances sociales doit statuer à nouveau dans cette affaire à la suite de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral du 30 janvier 2023.

2. **a)** En vertu du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, l'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral ; sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral, ainsi que par les constatations de

fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ; des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points qui ont fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fixés sur une base juridique nouvelle (ATF 135 III 334 consid. 2 ; 131 III 91 consid. 5 ; voir également TF 5A_488/2013 du 4 avril 2014 consid. 3.1 et les références).

b) En substance, le Tribunal fédéral a estimé que la Cour de céans avait violé le droit fédéral en niant le droit de la requérante aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail sans instruire et examiner de manière approfondie l'étendue de la couverture des frais d'exploitation par les pouvoirs publics ainsi que les possibilités concrètes de résiliation sur la base du régime applicable au personnel.

3. Le litige porte sur le droit de la requérante à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour ses activités dans le domaine des transports publics dès le 1^{er} avril 2020.

4. a) Selon l'art. 31 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 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 lorsque :

- a. ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS ;
- b. la perte de travail doit être prise en considération (art. 32) ;
- c. le congé n'a pas été donné ;
- d. la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question.

b) L'art. 32 précise que la perte de travail est prise en considération lorsque :

- a. elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et que

b. elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise.

c) Aux termes de l'art. 51 al. 1 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02), les pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, ou qui sont dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, sont prises en considération lorsque l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou faire répondre un tiers du dommage.

5. a) Selon la jurisprudence, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est une mesure préventive au sens large : l'allocation de cette indemnité a pour but d'éviter le chômage complet des travailleurs – soit leurs congés ou leurs licenciements – d'une part et, d'autre part, de maintenir simultanément les emplois dans l'intérêt des employeurs aussi bien que des travailleurs. Or, en règle générale, les conditions précitées du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne sauraient être remplies si l'employeur est une entreprise de droit public, faute pour celle-ci d'assumer un risque propre d'exploitation. Au contraire, les tâches qui lui incombent de par la loi doivent être exécutées indépendamment de la situation économique, et les impasses financières, les excédents de dépenses ou les déficits peuvent être couverts au moyen des deniers publics (recettes des impôts). Bien plus, il n'existe en général aucune menace de perdre son emploi là où les travailleurs ont la possibilité d'être déplacés dans d'autres secteurs, ainsi que cela est le cas dans les communautés ou établissements publics d'une certaine importance. En revanche, compte tenu des formes multiples de l'action étatique, on ne saurait de prime abord exclure que, dans un cas concret, le personnel des services publics remplisse les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Ce qui est déterminant en fin de compte, conformément à la finalité du régime de la prestation, c'est de savoir si, par l'allocation de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, un licenciement peut être évité (ATF 121 V 362 consid. 3a et les références).

b) C'est à brève échéance que le versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail doit pouvoir éviter un licenciement. En effet, ces indemnités ont un caractère préventif. Il s'agit de mesures temporaires. Le statut du personnel touché par la réduction de l'horaire de travail est dès lors décisif pour l'allocation de l'indemnité. Ainsi, là où ce personnel est au bénéfice d'un statut de fonctionnaire ou d'un statut analogue limitant les possibilités de licenciement que connaît le contrat de travail, ce statut fait échec à court terme – éventuellement à moyen terme – à la suppression d'emploi. Dans ce cas, les conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne sont pas remplies. L'exigence d'un risque économique à court ou moyen terme concerne aussi l'entreprise. Cela ressort notamment de l'art. 32 al. 1 let. a LACI, selon lequel la perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et qu'elle est inévitable. A l'évidence, cette condition ne saurait être remplie si l'entreprise ne court aucun risque propre d'exploitation, à savoir un risque économique où l'existence même de l'entreprise est en jeu, par exemple le risque de faillite ou le risque de fermeture de l'exploitation. Or si l'entreprise privée risque l'exécution forcée, il n'en va pas de même du service public, dont l'existence n'est pas menacée par un exercice déficitaire (ATF 121 V 362 consid. 3b et les références).

6. Dans le cadre des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19), le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a rédigé une directive destinée à préciser les conditions d'octroi des prestations de l'assurance-chômage dans le contexte de la pandémie du covid-19. Au chiffre 2.6 de la directive n° 15 du SECO, intitulé « Préavis des fournisseurs de prestations publiques (employeurs publics, administrations) », le SECO a notamment précisé ce qui suit :

Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est de préserver les emplois. L'objectif est d'éviter des licenciements à court terme, consécutifs à un recul temporaire de la demande de biens et de services, et la perte de travail qui en résulte (cf. également ATF 121 V 362 c. 3a). De manière générale, ce risque

(immédiat) de disparition d'emplois concerne uniquement les entreprises qui financent la fourniture de prestations exclusivement avec les revenus ainsi perçus ou avec des fonds privés.

Contrairement aux entreprises privées, les fournisseurs de prestations publiques ne supportent pas de risque entrepreneurial ou de risque de faillite parce qu'ils doivent mener à bien les tâches qui leur ont été confiées par la loi indépendamment de la situation économique. Les éventuels problèmes de liquidités, les dépenses supplémentaires ou même les pertes résultant de l'activité de l'entreprise sont couverts par des moyens publics, qu'il s'agisse de subventions ou d'autres moyens financiers. Il n'existe pas dans ces cas de risque de disparition d'emplois.

En vertu du mandat des fournisseurs de prestations publiques, considérant l'objectif visé par l'indemnité en cas de RHT, les prestataires n'ont globalement aucun droit à la RHT pour leurs travailleurs. Le versement d'indemnité en cas de RHT en cas de suspension temporaire de cette fourniture de prestations revient à répercuter les coûts du salaire sur le fonds de l'AC sans que le risque de licenciements à court terme pour ces entreprises publiques-privées, contre lequel se bat le législateur, ne soit avéré.

Ces réflexions s'appliquent aussi bien aux employeurs de droit public-privé eux-mêmes (en ce qui concerne les employés de la Confédération, des cantons et des communes) qu'aux secteurs privatisés qui fournissent des prestations sur mandat d'une institution publique sur la base d'un accord.

La RHT ne peut être accordée aux travailleurs employés par des fournisseurs de prestations publiques que si les travailleurs concernés sont exposés à un risque concret et immédiat de licenciement. Cela peut également concerner un secteur d'un prestataire seulement. Par exemple, une entreprise de transports peut comprendre à la fois un secteur d'exploitation pour lequel elle a droit à l'indemnité en cas de RHT en cas de chute du chiffre d'affaires (p. ex. bus touristiques), et un secteur d'exploitation pour lequel aucun droit à l'indemnité en cas de RHT n'existe (exploitation subventionnée d'un bus local).

On considère qu'un risque immédiat et concret de disparition d'emplois est présent si, en cas de recul de la demande ou de réduction ordonnée de l'offre chez le mandataire, il n'existe pas de garantie que les coûts d'exploitation seront entièrement couverts, et si les entreprises concernées ont la possibilité de procéder à des licenciements immédiats dans l'objectif de faire baisser les coûts d'exploitation. Ces deux conditions doivent être cumulées.

L'ACT est tenue de vérifier uniquement si un risque immédiat et concret de disparition d'emplois existe et si l'employeur est en mesure de justifier ce risque en présentant des documents appropriés. Il incombe donc aux entreprises qui fournissent des prestations publiques (Service Public) de justifier de manière plausible à l'ACT qu'en cas de perte de travail, un risque immédiat et concret de licenciements existe, à l'aide de documents adaptés (règlements du personnel, contrats de travail, mandats de prestations, concessions, CCT, etc.). Il n'est pas nécessaire de

procéder à d'autres examens. L'introduction de la réduction de l'horaire de travail doit être refusée uniquement si les documents remis par l'employeur ne justifient pas un risque de disparition d'emplois à satisfaction de droit.

Une fois toutes les conditions réalisées et la RHT accordée, l'entité a droit à l'indemnité en cas de RHT en fonction de ses heures chômées et de sa perte à prendre en considération comme toute entreprise remplissant les conditions de l'indemnité en cas de RHT, sans aucune différence. En particulier, la part subventionnée ou la garantie étatique n'est pas retirée lors du calcul de l'indemnité en cas de RHT. De même, les mesures de soutien décidées ultérieurement par le Parlement ou le Conseil fédéral n'entraînent pas de diminution d'indemnité en cas de RHT (c'est-à-dire que ces paiements n'entraîneraient pas de diminution d'indemnité en cas de RHT ni de restitutions). Ces précisions entrent en vigueur rétroactivement au 1^{er} juin 2020.

Dans le cas d'une décision sur opposition, la réalisation des deux conditions du droit à l'indemnité susmentionnées (risque de disparition d'emplois concret et aucune couverture complète des coûts d'exploitation) doit être mentionnée *clairement et explicitement* sur le document justificatif comme motif.

7. Dans le cadre de l'examen de la présente affaire, il n'y a pas lieu de tenir compte des mécanismes mis en place par la Confédération (loi fédérale du 25 septembre 2020 sur le soutien des transports publics durant la crise du COVID 19 ; RO 2020 3825) et par l'Etat de Vaud (décret du 16 mars 2021 accordant un soutien extraordinaire aux transports publics régionaux et urbains pour atténuer les pertes provoquées par le coronavirus [COVID-19] durant l'année 2020 ; BLV 740.21.160321.1) afin de permettre aux entreprises de transports publics de réduire leurs pertes financières subies durant la crise du COVID-19. Ainsi que l'a précisé la jurisprudence, la question de savoir si les conditions à l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail doit s'examiner de façon prospective à la lumière des circonstances qui prévalaient lors du prononcé de la décision litigieuse (ATF 121 V 371 consid. 2a; DTA 1989 n° 12 p. 121 consid. 3a).

8. a) La recourante est une société de transports publics active entre J._____ et C._____, organisée sous la forme d'une société anonyme de droit privé, dont les actions sont détenues par la Confédération (28,35 %), le Canton de Vaud (41,72 %), les communes (19,18 %) et des actionnaires privés (10,75 %). La recourante offre

principalement des prestations dans le domaine du transport public régional de voyageurs.

b) En matière de transport public régional de voyageurs, les entreprises de transport soumettent aux commanditaires des offres pour deux années d'horaires et y attestent pour chaque ligne les coûts planifiés ainsi que les produits attendus issus de la vente de titres de transport. Aux termes de l'art. 28 al. 1 LTV (loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs ; RS 745.1), les commanditaires (Confédération et cantons) indemnisent, selon une clé de répartition prédéfinie (art. 30 LTV), les coûts non couverts conformément aux offres. Selon l'art. 36 al. 1 LTV, l'entreprise de transport répond elle-même du déficit si le produit obtenu ainsi que les prestations financières fournies par la Confédération et par les cantons ne lui permettent pas de couvrir les dépenses globales d'un secteur de transport ; elle porte ce déficit au compte du nouvel exercice. Quant aux excédents éventuels, ils sont attribués à raison d'au moins deux tiers à une réserve à affectation obligatoire ; cette réserve spéciale ne peut être utilisée que pour éponger d'éventuels futurs déficits (cf. art. 36 al. 2 LTV).

Pour l'année 2020, le déficit planifié s'élevait à 8'578'516 fr. et devait être pris en charge à hauteur de 47 % par la Confédération et 53 % par le Canton de Vaud (cf. annexe 2 de l'ordonnance du 11 novembre 2009 sur l'indemnisation du trafic régional des voyageurs [OITRV ; RS 745.16] ; art. 8 de la convention de subventionnement entre le Canton de Vaud et L. _____ SA relative à l'offre sur les prestations du secteur du trafic régional des voyageurs (TRV) et son indemnisation, applicable à la période d'horaire 2020/2021 [ci-après : la Convention-TRV]).

c) En matière de subventionnement des infrastructures, la Confédération alloue des ressources financières au titre de l'infrastructure telle que définie à l'art. 62 al. 1 LCdF (loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer ; RS 742.101) pour l'indemnisation des coûts non couverts d'exploitation (conduite de l'exploitation et entretien) et des amortissements directs du compte de résultats et pour l'indemnisation à

hauteur des amortissements effectifs et des coûts non activables du compte des investissements (cf. art. 51b al. 1 LCdF). Pour ce faire, la Confédération et les entreprises ferroviaires passent des conventions quadriennales sur les prestations, où elles y fixent à l'avance l'offre de prestations du secteur de l'infrastructure, l'indemnisation et les prêts prévus en se fondant sur les priorités de la Confédération en matière de politique des transports et sur les comptes prévisionnels des entreprises (art. 51 al. 1 LCdF).

Pour l'année 2020, les indemnités d'exploitation et les contributions d'investissement allouées par la Confédération s'élevaient à 6'617'611 fr. (cf. art. 15 de la Convention de prestations entre la Confédération suisse et le gestionnaire d'infrastructure, L. _____ SA pour les années 2017-2020 [ci-après : Convention d'infrastructure]).

9. a) Les mesures de lutte contre le coronavirus et la déclaration de la « situation extraordinaire » conformément à la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp ; RS 818.101) ont eu des incidences massives sur les transports publics. En raison de la recommandation urgente du Conseil fédéral de rester à la maison et de limiter autant que possible la mobilité, la demande en offres de transports publics a subi une baisse allant jusqu'à 80 % (cf. Message du Conseil fédéral du 12 août 2020 concernant la loi urgente sur le soutien des transports publics durant la crise du COVID-19, FF 2020 6493, 6498).

b) D'après le rapport de gestion 2020 de la recourante (p. 16 [qui peut être consulté à l'adresse Internet suivante : https://www.L._____SA.ch/data/dataimages/Upload/L._____SA_Rapport-de-gestion_2020.pdf]), celle-ci a, dans le cadre des mesures d'endiguement du coronavirus, réduit son offre conformément aux recommandations des autorités fédérales et cantonales, en adaptant l'ensemble de son offre de transports. Dès le 20 mars 2020, elle a supprimé les courses nocturnes puis, dès le 23 mars 2020, les trains ont circulé selon l'horaire du samedi, du lundi au vendredi. Dès le 6 avril 2020, elle a introduit un nouvel horaire réduit. Dès le 11 mai 2020, l'horaire du

samedi a à nouveau été appliqué, avant un retour à la normale dès le 2 juin 2020 et une reprise des courses nocturnes à compter du 3 juillet 2020.

c) Il n'est pas contestable que la réduction de l'offre de transports publics durant la période de confinement a entraîné des pertes de recettes, lesquelles n'ont plus permis aux entreprises de transports publics de couvrir les coûts fixes - en matière d'infrastructure et de personnel - qu'elles avaient planifiés.

d) Dans ce contexte, il apparaît qu'il appartient, compte tenu des mécanismes de financement mis en place, à la recourante de répondre d'un éventuel déficit, dès lors qu'elle est active uniquement dans le secteur du transport public régional de voyageurs (art. 36 al. 1 LTV ; cf. *supra* consid. 8b). Certes, on pourrait se demander, à teneur de l'art. 16 Convention-TRV, si la recourante ne dispose pas néanmoins d'une garantie de déficits plus étendue dès lors que cette disposition permet d'adapter la convention lorsque l'entreprise de transport fait face à des circonstances indépendantes de sa volonté (al. 1) et réservent toutes décisions juridiques, légales, parlementaires ou gouvernementales pouvant survenir en cours de période de validité de la convention et affecter les prestations commandées en termes d'offre et/ou d'indemnités (al. 4). Dans la mesure toutefois où cette disposition ne fixe aucun mécanisme concret pour son application et ne confère aucune garantie expresse ou implicite, il n'y a pas lieu d'en tenir compte dans le cadre du présent examen.

e) Cela étant constaté, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la portée de la Convention d'infrastructure dans le cadre de la présente problématique, dès lors qu'il est admis, sur le principe, que la recourante ne dispose pas d'une garantie de couverture de ses coûts d'exploitation.

10. Aussi convient-il d'examiner si la recourante a la possibilité de procéder à des licenciements à brève échéance dans l'objectif de faire baisser ses coûts d'exploitation.

a) La recourante est membre de l'Union vaudoise des transports publics et, à ce titre, soumise à la Convention collective de travail cadre des transports publics vaudois n° 3 (CCT-cadre n° 3) ainsi qu'à la Convention collective de travail (complément à la CCT cadre des transports publics vaudois) entre, d'une part, L._____ SA et la société M._____ SA et, d'autre part, le Syndicat du personnel des transports. En ce qui concerne plus précisément la question de la fin des rapports de travail, chaque partie contractante aux rapports de travail peut résilier de manière ordinaire les rapports de travail de durée indéterminée (art. 80 CCT-cadre n° 3). Pendant le temps d'essai les rapports de travail peuvent être résiliés en respectant un délai de sept jours ; après le temps d'essai, les rapports de travail peuvent être résiliés, pour la fin d'un mois, en respectant un délai de congé d'un mois durant la première année de service et de trois mois à partir de la deuxième année ; le délai légal peut être raccourci d'un commun accord (art. 81 CCT-cadre n° 3).

b) En résumé, la recourante peut donc prouver, à l'aide des documents précités, qu'elle peut, sur le principe, résilier les rapports de travail comme une entreprise privée. Rien ne permet en effet de penser que les dispositions d'un éventuel règlement du personnel ou les contrats de travail des collaborateurs de la recourante imposeraient des restrictions qui dérogeraient aux modalités fixées par la convention collective de travail.

c) Cela étant, il ne ressort pas clairement de l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 janvier 2023 s'il y a lieu de tenir compte, dans le cadre de l'analyse du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, du caractère rationnel et opportun d'une décision de licenciement collectif au regard des contraintes imposées par la gestion d'un service de transport public. Au consid. 4.2.2 de son arrêt, le Tribunal fédéral a souligné que l'exigence d'un risque économique à court ou moyen terme n'était pas remplie si l'entreprise ne courait aucun risque propre d'exploitation, à savoir un risque économique où l'existence même de l'entreprise était en jeu (risque de faillite ou risque de fermeture de l'exploitation), en précisant plus particulièrement qu'une entreprise de

service public n'était pas menacée dans son existence par un exercice déficitaire. Au consid. 7.2 de son arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois tempéré ce principe en retenant, sur la base uniquement des directives administratives établies par le SECO, que seules les possibilités concrètes de résiliation sur la base du régime applicable au personnel étaient déterminantes pour statuer sur le risque de disparition d'emplois. Quand bien même la Cour de céans émet des doutes quant à la conformité à la loi de cette condition purement abstraite, elle considère qu'elle n'a pas de marge d'appréciation en la matière et doit s'en tenir aux considérations émises par le Tribunal fédéral.

d) Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la recourante pouvait prétendre, dès le 1^{er} avril 2020, à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour ses collaborateurs employés dans le secteur du transport public régional de voyageurs.

11. Pour le reste, en tant que la recourante estime que la décision litigieuse constitue un transfert illicite de charges de la Confédération vers les cantons et les communes, elle ne saurait non plus être suivie. Outre le fait que la recourante dispose d'une garantie de déficit de la part de l'Etat de Vaud et des communes - élément qui suffit à exclure le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail -, il convient de relever que le point de savoir si une personne peut bénéficier de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail se détermine exclusivement d'après les dispositions de la LACI et de ses ordonnances d'exécution. Il n'appartient pas aux organes chargés de la mise en œuvre de cette législation de se préoccuper de l'impact que peut avoir un refus de prestations sur la situation économique du demandeur de prestations et de ses bailleurs de fonds.

12. **a)** En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition litigieuse réformée, en ce sens que la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dès le 1^{er} avril 2020.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la 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
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 5 février 2021 par le Service de l'emploi est réformée, en ce sens que L._____ SA a droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dès le 1^{er} avril 2020.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** La Direction générale de l'emploi et du marché du travail versera à L._____ SA une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Olivier Subilia, avocat (pour L. _____ SA),
- 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).

Le greffier :