

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 avril 2023

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Brélaz Brillard, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

V. _____ **SA**, à [...], recourante, représentée par Me Alain Dubuis, avocat
à Pully,

et

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

Art. 31 al. 1 et 32 LACI

E n f a i t :

A. a) Le 19 mars 2020, V. _____ SA (ci-après : l'entreprise ou la recourante), active dans le commerce de comestibles, vins et spiritueux, a sollicité l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) au motif qu'elle subissait une perte de chiffre d'affaire et de travail en raison des mesures prises dans le cadre de l'épidémie de coronavirus, puisque sa clientèle était principalement constituée d'hôtels et de restaurants qui avaient dû fermer et que les banquets organisés avaient été annulés, de sorte que son carnet de commande était vide.

Par décision du 15 avril 2020, le 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 : l'intimée) a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT pour toute l'entreprise du 19 mars au 18 septembre 2020.

b) L'entreprise a ensuite régulièrement renouvelé sa demande d'indemnités RHT. Dans un courriel explicatif du 1^{er} septembre 2020, elle a précisé qu'elle possédait un magasin sur son site, mais qui ne représentait que 5 % de son activité totale, son activité principale étant la vente et la livraison de comestibles aux restaurants, cafés et hôtels.

Le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT à toute l'entreprise du 1^{er} septembre 2020 au 30 novembre 2021 (décisions des 2 septembre 2020, 2 décembre 2020, 24 février 2021 et 23 juin 2021).

c) Le 22 novembre 2021, V. _____ SA a déposé une nouvelle demande en vue du versement d'indemnités RHT, annonçant que 38 collaborateurs sur les 42 que comptait l'entreprise étaient touchés par la réduction de l'horaire de travail. Elle a expliqué faire face à beaucoup d'annulations de commandes car les restaurateurs ne pouvaient pas accepter les personnes ne possédant pas le certificat Covid, qu'elle devait elle-même annuler plusieurs commandes par semaine en raison d'un

manque de marchandises, et que les commandes arrivaient tous les jours avec des livraisons dans des délais très courts, souvent pour le lendemain.

En réponse aux questions du SDE, l'entreprise a fait savoir, par courriel du 27 décembre 2021, que 95 % de sa clientèle était composée de restaurants, hôtels, restaurants d'entreprise et communautés, qui étaient touchés par les mesures liées à la pandémie, telles que les restrictions imposées aux restaurants et le télétravail. Elle a indiqué que sa perte de chiffre d'affaires était au minimum de 40 % par rapport à 2018/2019 et la perte de travail se situait entre 40 et 50 %. Les horaires avaient été réduits et le travail se faisait uniquement le matin. En raison de plusieurs départs concernant des postes spécifiques et indispensables à son bon fonctionnement, l'entreprise avait engagé trois personnes depuis le 13 mars 2020, à savoir un représentant, un chauffeur-livreur et un collaborateur pour le service de congélation. Les livraisons se faisaient dans toute la Suisse romande et la majorité des clients souhaitaient être livrés le matin. Son activité était soumise à des fluctuations au cours de l'année, étant influencée par le flux touristique, les événements et les saisons des restaurants de montagne, respectivement ceux situés en bord de lac. L'entreprise a communiqué ses chiffres d'affaires mensuels des années 2018 à 2021.

Par décision du 29 décembre 2021, le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT à toute l'entreprise du 1^{er} décembre 2021 au 31 mai 2022.

d) Le 30 mai 2022, V. _____ SA a renouvelé sa demande d'indemnités RHT pour la période du 1^{er} juin au 30 novembre 2022. Elle a fait savoir que la levée des restrictions dues au Covid-19 n'avait pas permis d'augmenter le volume des commandes comme espéré et qu'elle avait besoin de plus de temps pour le faire évoluer favorablement. Elle a expliqué que l'augmentation des prix de l'essence et de certains aliments avait entraîné une baisse de fréquentation des restaurants, que certains n'avaient pas repris leur activité d'avant la crise (fermeture de certains restaurants, horaires d'ouverture réduits) et qu'elle avait eu beaucoup

d'annulations de commandes en raison des difficultés qu'elle avait à se procurer de la marchandise. Afin d'éviter la réduction de l'horaire de travail, elle avait cherché à trouver d'autres clients en dehors de la restauration.

Dans les réponses apportées le 21 juin 2022, l'entreprise a notamment précisé que sa perte de travail était principalement due à la fermeture de plusieurs restaurants et à la difficulté de s'approvisionner, et que la demande de ses clients était plus faible en raison de l'augmentation du télétravail, d'une baisse de la consommation de la clientèle et des difficultés d'approvisionnement.

Par téléphone du 27 juin 2022, V._____ SA a communiqué que les problèmes d'approvisionnement touchaient surtout ses fournisseurs et qu'elle avait engagé, au 1^{er} juin 2022, un directeur commercial et deux chauffeurs en CDI, lesquels subissaient également une perte de travail.

Par décision du 29 juin 2022, le SDE a rejeté la demande d'indemnités RHT déposée le 30 mai 2022 par V._____ SA au motif qu'elle avait aggravé sa perte de travail en engageant trois collaborateurs, dont deux chauffeurs alors qu'elle disposait de dix chauffeurs, lesquels faisaient déjà face à une perte de travail, que la perte de travail alléguée ne pouvait ainsi pas être considérée comme inévitable. Ses difficultés de trésorerie ne suffisaient pas à entraîner une indemnisation en l'absence d'une perte de travail dûment attestée et la fin des mesures sanitaires ne permettait plus de justifier une perte de travail de 60 %. Il appartenait à l'entreprise de démarcher d'autres clients qui n'étaient pas frappés par les restrictions auxquelles elle faisait référence.

e) Le 12 juillet 2022, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse) a soumis le cas de V._____ SA à la DGEM pour instruction complémentaire, estimant que la perte de travail de 69,66 % annoncée pour le mois de mai 2022 paraissait douteuse. Il ressortait des pièces transmises par la Caisse que la perte de travail de l'entreprise était

de 67,01 % en mars 2022, de 65,56 % en avril 2022 et de 69,66 % en mai 2022. Invitée par la Caisse à expliquer l'ampleur de ces pertes de travail, l'entreprise avait indiqué, par courriel du 14 juin 2022, que la reprise du travail n'était pas suffisante pour pouvoir travailler à plein temps, que cela était dû au fait que certains établissements n'avaient pas rouvert et que les collectivités avaient pris l'habitude de faire du télétravail.

Le 19 juillet 2022, la Caisse a transmis à la DGEM les taux d'indemnisation de V._____ SA de septembre 2020 à mai 2022.

Par décision rectificative du 9 août 2022, la DGEM a annulé et remplacé sa décision du 29 décembre 2021 en préavisant favorablement le versement des indemnités RHT à V._____ SA du 1^{er} décembre 2021 au 31 mars 2022 et en refusant l'octroi de RHT pour la période du 1^{er} avril au 31 mai 2022. Elle s'est référée au Bulletin du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), qui prévoyait que si la caisse constatait que les conditions du droit à l'indemnité devant être vérifiées par l'autorité cantonale n'étaient plus remplies, elle cessait de verser l'indemnité et soumettait le dossier à l'autorité cantonale pour réexamen. La DGEM a estimé que V._____ SA ne rendait pas vraisemblable l'existence d'une perte de travail à un taux de plus de 65 % dès le mois d'avril 2022 alors que, depuis le 17 février 2022, plus aucune restriction liée à la pandémie de Covid-19 ne s'appliquait à l'exercice de son activité ni à celle de ses clients dans le domaine de la restauration, de l'hôtellerie et des collectivités. Il était par ailleurs difficilement compréhensible que la perte de travail fût plus importante après la levée des mesures qu'avant.

V._____ SA a formé opposition contre cette décision le 5 septembre 2022. Elle a fait valoir que ses activités continuaient de subir les conséquences des deux années de pandémie, qui avaient été très compliquées pour les entreprises de son secteur. Une partie de sa clientèle avait disparu (faillite, cessation d'activité, etc.) et de nombreux clients avaient sensiblement diminué leur volume d'affaires, du fait que le télétravail faisait partie des nouvelles habitudes et que les consommateurs, d'une part, mangeaient moins à l'extérieur et, d'autre

part, compte tenu des incertitudes économiques et financières actuelles, renonçaient à consommer les produits qu'elle proposait, qui pouvaient être, pour la plupart, qualifiés de haut de gamme. L'augmentation de la perte de travail résultait en partie d'une meilleure répartition des tâches au sein de l'entreprise grâce à une réorganisation interne plus efficiente. L'entreprise a reproché à la DGEM d'avoir modifié son préavis *a posteriori*, alors même que les indemnités RHT pour le mois d'avril 2022 avaient été versées à la suite des renseignements communiqués, ce qui l'avait confortée dans l'idée qu'elle avait encore droit à de telles indemnités. Le fait de devoir rembourser le montant de 86'731 fr. 45 et de ne pas recevoir celui de 107'295 fr. 45 demandé pour le mois de mai 2022 la mettait dans une situation financière catastrophique.

Par décision sur opposition du 28 septembre 2022, la DGEM a rejeté l'opposition formée par l'entreprise. Elle a souligné qu'elle se devait de réexaminer le cas compte tenu de la perte de travail très importante annoncée à la Caisse malgré la fin des mesures sanitaires des autorités, que la situation prévalant alors ne permettait plus d'attester une telle perte de travail, que cette dernière avait même augmenté de 10 % dès février 2022 en comparaison des derniers mois de l'année 2021 durant lesquels les mesures des autorités étaient encore effectives. Elle a relevé que la perte de travail d'environ 10 % qui découlait du gain de productivité de l'entreprise n'était pas inévitable. Le souhait de la majorité de la clientèle d'être livrée le matin ne justifiait pas non plus le recours à la RHT. La DGEM a constaté que la fin des mesures sanitaires des autorités au 17 février 2022 marquait une évolution favorable du chiffre d'affaires à compte du mois de février 2022 et qu'en comparaison avec l'année 2019, l'entreprise avait subi une perte de chiffre d'affaires de 25,24 % en avril 2022 et 19,44 % en mai 2022, ce qui ne permettait pas d'objectiver la perte de travail de plus de 65 % alléguée auprès de la Caisse. En l'absence d'une perte de travail inévitable et dûment attestée, il n'appartenait pas à l'assurance-chômage d'intervenir, la RHT n'ayant pas pour vocation d'être une source de financement pour les employeurs. La DGEM a relevé au surplus qu'alors que l'opposante avait bénéficié de manière ininterrompue des indemnités RHT depuis le mois de mars 2020,

elle avait engagé trois collaborateurs pour des postes spécifiques en juin, juillet et septembre 2021, puis un directeur commercial et deux chauffeurs le 1^{er} juin 2022, qui subissaient également une perte de travail, de sorte que l'engagement de ces trois collaborateurs était difficilement compréhensible.

B. Par acte de son mandataire du 28 octobre 2022, V. _____ SA a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à son annulation et à ce que le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour les mois d'avril et mai 2022 lui soit reconnu, correspondant à une perte de travail de 55,56 % pour avril 2022 et 59,66 % pour mai 2022, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision conformément aux considérants. L'entreprise a fait valoir qu'elle subissait toujours une perte de travail inévitable résultant de facteurs d'ordre économique, que les effets néfastes de la pandémie sur l'économie perduraient malgré la levée des mesures sanitaires, qu'il était de notoriété publique que les secteurs de la gastronomie et de l'hôtellerie - qui représentaient sa clientèle principale - avaient été très sévèrement atteints par la pandémie et souffraient encore économiquement de ses effets à long terme, que de nombreux restaurateurs et hôtels avaient dû cesser définitivement leurs activités et que les échanges commerciaux avec les entreprises restaient très faibles en raison de la banalisation du travail à domicile. La recourante a relevé que son chiffre d'affaires n'avait cessé de se détériorer et que des indemnités en cas de RHT lui avaient été accordées pour le mois de mars 2022 alors même qu'en comparaison avec 2019, son chiffre d'affaires présentait une baisse plus faible qu'en avril et en mai 2022. Elle a rappelé que l'ampleur de la baisse du chiffre d'affaires et le taux de perte de travail ne s'inscrivaient pas dans un simple rapport de proportionnalité. L'engagement d'un directeur commercial et de deux chauffeurs avait pour objectif de relancer son activité économique et n'avait eu aucun effet sur le dommage subi lors des mois d'avril et mai 2022 puisque ces engagements étaient intervenus le 1^{er} juin 2022. Aucun manquement à son obligation de réduire le dommage ne pouvait par conséquent lui être reproché. Dans la mesure où 10 % des pertes de

travail annoncées étaient dus à une réorganisation interne, la recourante a modifié la perte de travail qu'elle faisait valoir, à savoir un taux de 55,56 % pour avril 2022 et de 59,66 % pour mai 2022.

Dans sa réponse du 2 décembre 2022, la DGEM a considéré que la recourante n'invoquait aucun argument susceptible de modifier sa décision et a conclu au rejet du recours.

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 du 1^{er} avril 2022 au 31 mai 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). 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) 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).

d) 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).

e) 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).

f) 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, V. _____ SA a été mise au bénéfice d'indemnités RHT à partir de mars 2020 en lien avec la pandémie de Covid-19 et les mesures sanitaires prises dans ce contexte. Etant donné que les restaurants, hôtels et collectivités représentent 95 % de sa clientèle selon ses indications, la recourante a été très largement impactée par les mesures restrictives, voire de fermeture, qui ont touché l'hôtellerie-restauration ainsi que les collectivités.

Par décision du 29 décembre 2021, le SDE a préavisé favorablement le versement d'indemnités RHT à toute l'entreprise du 1^{er} décembre 2021 au 31 mai 2022. Il se trouve cependant que les mesures sanitaires ont toutes été levées en date du 17 février 2022. Malgré cela, la recourante a continué à faire valoir une perte de travail supérieure à 65 % durant les mois d'avril et mai 2022, ce qui a amené la Caisse à soumettre le cas au SDE, respectivement à la DGEM, conformément à ce qui est prévu dans le Bulletin LACI RHT (ch. G20), afin de vérifier si les conditions d'octroi des indemnités RHT étaient toujours remplies. La DGEM a estimé que tel n'était pas le cas et a rendu une décision rectificative en date du 9 août 2022, par laquelle elle a préavisé favorablement le versement des indemnités du 1^{er} décembre 2021 au 31 mars 2022, mais les a refusées pour la période du 1^{er} avril au 31 mai 2022. Ce faisant, la DGEM a modifié sa décision initiale du 29 décembre 2021, qui était entrée en force.

b) Il existe diverses occasions dans lesquelles peut surgir un conflit entre une situation juridique actuelle et une décision de prestations, assortie d'effets durables, entrée en force formelle de chose décidée. Ce genre de conflits peut notamment se résoudre par l'application des art. 53 al. 1 ou 2 ou 17 LPGA selon que l'inadéquation entre la situation concrète et la décision, toujours valide, porte sur le droit ou sur les faits existant

initialement ou survenus ultérieurement (ATF 135 V 215 consid. 4.1 ; TF 9C_628/2015 du 24 mars 2016 consid. 5.1 et les références).

Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si la personne assurée ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Lorsqu'une modification de l'état de fait, déterminante pour le droit à la prestation, survient après le prononcé d'une décision initiale exempte d'erreur (inexactitude ultérieure sur les faits), une adaptation peut le cas échéant être effectuée dans le cadre d'une révision de la prestation au sens de l'art. 17 LPGA.

c) En l'occurrence, il n'y a pas de fait qui aurait existé au moment de la décision initiale mais qui n'aurait été découvert qu'ultérieurement (cf. à ce sujet ATF 144 V 245 consid. 5.1s. ; 143 V 105 consid. 2.3). Une révision procédurale n'est dès lors pas envisageable. Il n'est en outre pas contesté que la recourante avait droit à des indemnités RHT tant que des mesures étatiques restrictives existaient pour les hôtels, restaurants et collectivités, de sorte que la décision de préavis positif, qui portait notamment sur la période à compter du 1^{er} décembre 2021, n'était pas manifestement erronée et ne peut donc pas faire l'objet d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la DGEM était fondée à revenir sur sa décision de préavis positif, rendue le 29 décembre 2021 et portant sur la période à venir, à savoir jusqu'au 31 mai 2022, en raison de la survenance d'une modification importante des circonstances au sens de l'art. 17 al. 2 LPGA.

d) La levée totale des mesures sanitaires en date du 17 février 2022 constitue à l'évidence une circonstance nouvelle susceptible d'impacter le droit de la recourante à des indemnités RHT.

La DGEM considère que la perte de travail supérieure à 65 % que la recourante a fait valoir dès le mois d'avril 2022 n'est pas vraisemblable puisque plus aucune restriction liée à la pandémie de Covid-19 ne s'appliquait à l'exercice de son activité ni à celle de ses clients dans le domaine de la restauration, de l'hôtellerie et des collectivités. Elle a relevé que la perte de travail avait même augmenté de 10 % dès février 2022 en comparaison des derniers mois de l'année 2021 durant lesquels les mesures des autorités étaient encore effectives. La DGEM a constaté que la fin des mesures sanitaires des autorités au 17 février 2022 marquait une évolution favorable du chiffre d'affaires à compte du mois de février 2022 et qu'en comparaison avec l'année 2019, l'entreprise avait subi une perte de chiffre d'affaires de 25,24 % en avril 2022 et 19,44 % en mai 2022, ce qui ne permettait pas d'objectiver la perte de travail de plus de 65 % alléguée auprès de la Caisse.

Certes, l'évolution du chiffre d'affaires de la recourante mise en avant par la DGEM rend la perte de travail annoncée surprenante. Il est toutefois vrai, comme le soulève la recourante, que le chiffre d'affaires et la perte de travail ne s'inscrivent pas dans un simple rapport de proportionnalité. C'est d'ailleurs précisément relevé par la DGEM dans ses décisions, dans lesquelles elle précise qu'une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à entraîner une indemnisation et qu'il est nécessaire que cette perte se traduise par une diminution des heures travaillées. Contrairement à ce que la recourante allègue, le fait qu'elle a touché des indemnités RHT au mois de mars 2022 alors même que son chiffre d'affaires présentait une baisse plus faible qu'en avril et en mai 2022, en comparaison avec 2019, ne suffit pas à lui donner droit à de telles indemnités à partir d'avril 2022, celles-ci devant répondre aux exigences légales. Il faut reconnaître que la perte de travail annoncée à partir de cette période s'avère étonnamment élevée, mais la DGEM ne pouvait se contenter de la qualifier

d'in vraisemblable sans procéder à des mesures d'instruction en vue de contrôler la réalité de cette perte de travail.

Il est en revanche exact d'affirmer que la perte de travail subie à partir du mois d'avril 2022 ne pouvait plus s'expliquer par les mesures sanitaires prises par le Conseil fédéral en vue de lutter contre le Covid-19, lesquelles ont été levées à partir du 17 février 2022. Il n'existait, à compter de cette date, plus de circonstances justifiant l'octroi d'indemnités RHT pour « cas de rigueur » en application de l'art. 32 al. 3 LACI, en raison de mesures prises par les autorités ayant un impact sur les risques d'exploitation de la recourante.

e) Il s'agit par conséquent d'examiner si la poursuite du versement des indemnités RHT à partir du 1^{er} avril 2022 pourrait se justifier en raison de l'existence d'une perte de travail inévitable due à des facteurs économiques, en application de l'art. 32 al. 1 LACI.

aa) En ce qui concerne le caractère inévitable de la perte de travail, la recourante reconnaît que 10 % de la perte de travail annoncée est due à une réorganisation interne, qui a entraîné une meilleure répartition des tâches. Elle admet qu'il en soit tenu compte, proposant de réduire de 10 % la perte de travail annoncée pour les mois d'avril et mai 2022.

Comme la recourante le relève dans son recours, l'engagement de trois nouveaux collaborateurs est intervenu au 1^{er} juin 2022 et ne saurait donc avoir contribué de quelque manière à la perte de travail des mois d'avril et mai 2022.

bb) La recourante fait valoir qu'à partir d'avril 2022, elle subissait toujours une perte de travail inévitable résultant de facteurs d'ordre économique, au motif que les effets néfastes de la pandémie sur l'économie perduraient malgré la levée des mesures sanitaires, qu'il était de notoriété publique que les secteurs de la gastronomie et de l'hôtellerie - qui représentaient sa clientèle principale - avaient été très sévèrement

atteints par la pandémie et souffraient encore économiquement de ses effets à long terme, que de nombreux restaurateurs et hôtels avaient dû cesser définitivement leurs activités et que les échanges commerciaux avec les entreprises restaient très faibles en raison de la banalisation du travail à domicile. Si ces explications sont effectivement susceptibles d'expliquer la perte de travail subie par la recourante, force est de constater qu'à partir d'avril 2022, il existait des indices permettant de renverser la présomption selon laquelle la perte de travail subie serait vraisemblablement temporaire.

Il résulte en effet des explications de la recourante qu'elle continue à faire face à une diminution de la demande en raison de la disparition d'une partie de sa clientèle à la suite de faillites ou de cessations d'activités, ainsi qu'en raison de changements d'habitudes, que ce soit une diminution de la fréquentation des restaurants due à l'augmentation du télétravail ou une baisse de consommation de biens qui pouvaient être qualifiés de haut de gamme, dans le contexte des incertitudes économiques et financières actuelles. L'ensemble de ces circonstances ne peuvent toutefois être considérées comme vraisemblablement temporaires. Il apparaît au contraire que la recourante fait face à un changement structurel nécessitant des adaptations. Or, il n'appartient pas à l'assurance-chômage de contribuer, par son intervention, à retarder des adaptations structurelles des entreprises.

f) Il résulte de ce qui précède que les conditions d'octroi des indemnités RHT se sont modifiées depuis la décision initiale du 29 décembre 2021, compte tenu de la levée des mesures sanitaires en date du 17 février 2022 et de l'absence d'une perte de travail inévitable et temporaire due à des facteurs économiques. L'on est par conséquent en présence d'un motif de révision du préavis d'octroi des indemnités RHT au sens de l'art. 17 al. 2 LPGa.

g) La décision de l'autorité cantonale accordant l'ouverture du droit au sens de l'art. 36 LACI se rapporte au principe du droit à l'indemnité en cas de RHT. La requête d'indemnité et de versement de

celle-ci intervient ultérieurement, dans une seconde phase relevant de la compétence de la caisse de chômage, selon les art. 38 et 39 LACI (Rubin, op. cit., n° 5 ad art. 36 LACI). Conformément à l'art. 39 al. 2 LACI, lorsque toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont remplies et que l'autorité cantonale n'a soulevé aucune objection, la caisse rembourse à l'employeur, en règle générale dans le délai d'un mois, l'indemnité dûment versée, après déduction du montant prévu au titre du délai d'attente (art. 37 let. b). Le Bulletin LACI RHT précise que lorsque la caisse constate que les conditions du droit à l'indemnité devant être vérifiées par l'autorité cantonale ne sont plus remplies, elle cesse de verser l'indemnité et soumet le dossier à l'autorité cantonale pour réexamen (ch. G20). C'est ce que la Caisse a fait en l'occurrence, mais uniquement au moment de l'examen du décompte relatif au mois de mai 2022. A réception du décompte relatif au mois d'avril 2022, elle a procédé elle-même à une mesure d'instruction auprès de la recourante, puis a versé les indemnités RHT sollicitées.

Par sa décision rectificative, confirmée par la décision sur opposition litigieuse, la DGEM a décidé de la suppression du droit à l'indemnité RHT pour les mois d'avril et mai 2022. Cependant, une révision en application de l'art. 17 al. 2 LPGA n'entraîne en principe pas d'effet rétroactif, sauf si celui-ci est explicitement prévu par la loi (cf. Margit Moser-Szeless, in Dupont/Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 44 ad art. 17 LPGA). Tel n'est pas le cas en matière d'indemnités RHT. Il n'était dès lors pas possible pour la DGEM de nier le droit de la recourante aux indemnités RHT déjà versées pour le mois d'avril 2022, sous peine de violer le principe de non-rétroactivité.

En revanche, une modification du préavis pour une période de contrôle pour laquelle les indemnités n'ont pas encore été versées par la Caisse ne paraît pas contraire au fait qu'une décision de révision fondée sur l'art. 17 al. 2 LPGA ne doit pas avoir d'effet rétroactif. Comme cela ressort de ce qui précède, le droit à l'indemnité ne prend naissance qu'en présence d'un préavis positif de la DGEM et après l'examen de l'ensemble

des conditions du droit par la caisse. C'est d'ailleurs en lien avec ce double examen que le Bulletin LACI RHT prévoit qu'il y a lieu pour la caisse, en cas de doute sur le droit aux indemnités, de suspendre le versement des indemnités et de soumettre le cas à l'autorité cantonale pour réexamen. On ne saurait interpréter l'absence d'effet rétroactif de la révision en ce sens que le préavis ne pourrait être modifié que pour les périodes de contrôle futures, à savoir postérieures à la décision rectificative. En effet, dans la mesure où le préavis porte sur les mois à venir et que le droit à l'indemnité peut être exercé auprès de la caisse jusqu'à trois mois après chaque période de contrôle (art. 38 al. 1 LACI), il serait dans la plupart des cas impossible pour les autorités de chômage de refuser le versement des indemnités RHT aux entreprises sur la base de l'art. 17 al. 2 LPGA alors même qu'elles ne remplissent plus les conditions de ce droit.

Cela signifie qu'en l'espèce, la DGEM était fondée à revenir sur son préavis par décision rectificative uniquement pour le mois de mai 2022. Il n'était en revanche pas possible pour la DGEM de modifier son préavis pour le mois d'avril 2022, pour lequel les indemnités RHT ont déjà été versées, faute d'une disposition légale l'y autorisant.

5. a) Le recours doit par conséquent être partiellement admis. La décision sur opposition du 28 septembre 2022 est annulée en tant qu'elle nie le droit de la recourante à des indemnités RHT pour le mois d'avril 2022 et confirmée pour le surplus.

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

Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens réduits à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 1'000 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 partiellement admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 28 septembre 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est annulée en tant qu'elle nie le droit de V. _____ SA à des indemnités RHT pour le mois d'avril 2022 et confirmée pour le surplus.

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

- IV. La Direction générale de l'emploi et du marché du travail versera à V. _____ SA une indemnité de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens réduits.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Alain Dubuis (pour V. _____ 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).

La greffière :