

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 2 mars 2023

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Durussel, juges
Greffière : Mme Neurohr

Cause pendante entre :

W._____, à [...], recourante, représentée par Me Claudio Venturelli,
avocat à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, INSTANCE JURIDIQUE CHÔMAGE, à Lausanne,
intimé, désormais : **DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EMPLOI ET DU
MARCHÉ DU TRAVAIL**

Art. 53 LPGA ; art. 31, 32 et 33 LACI.

E n f a i t :

A. W._____ Sàrl (ci-après également : la société ou la recourante ; désormais : W._____ Sàrl en liquidation) a été inscrite au Registre du commerce le [...] avec pour but la recherche, la sélection et le placement de personnel stable et temporaire ainsi que tous conseils dans ce domaine et toutes autres activités liées auxdites prestations ou en lien avec ce but.

La société a régulièrement transmis au Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé ; désormais : la Direction générale de l'emploi et du marché du travail) des préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) à compter du mois de mars 2020. Selon l'organigramme de la société (état au 1^{er} octobre 2019), ses « propriétaires et dirigeants » étaient A._____ et B._____. C._____ était « recruitment manager » et D._____ « recruteur ».

Il ressort d'une note juridique établie à la suite d'un entretien téléphonique du 23 septembre 2020 entre une collaboratrice du SDE et « Mme B._____ », que cette dernière a indiqué que les personnes concernées par la demande de RHT étaient C._____ (avec la précision « fille »), et D._____.

La société a transmis le 18 février 2021 au SDE un préavis de réduction de l'horaire de travail pour deux de ses collaborateurs (C._____ et D._____), dès le 1^{er} mars 2021. La société a indiqué que la perte de travail, de 85 %, découlait d'une baisse drastique de son activité due aux décisions de fermeture décidées par les autorités dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus.

Par décision du 5 mars 2021, le SDE a autorisé la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse) à verser à la société l'indemnité en cas de RHT pour la période du 1^{er} mars au 31 mai 2021, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies.

Le 30 avril 2021, la société a complété une demande de modification de l'autorisation de réduction de l'horaire de travail.

Par décision rectificative du 4 mai 2021, annulant et remplaçant celle du 5 mars 2021, le SDE a autorisé la Caisse à verser les indemnités requises pour la période du 1^{er} mai au 31 août 2021, pour autant que les autres conditions du droit soient remplies.

La société a revendiqué auprès de la Caisse des indemnités de RHT au taux de 90 % pour le mois de février 2021, ainsi qu'à des taux variant entre 90 et 100 % pour les mois de mars, avril, mai, juin et juillet 2021.

Par courriel du 27 août 2021, la Caisse a transmis le cas au SDE, en indiquant ce qui suit :

« Il s'agit vraisemblablement d'une entreprise « familiale » qui est active dans le placement du personnel. Cette dernière annonce une perte de travail de 100 % pour les mois de juin et juillet 2021 (et pratiquement une perte totale pour les mois qui précèdent également).

La perte de travail annoncée nous paraît douteuse dans la mesure où c'est l'employée - Mme C. _____ - concernée par la RHT à 100 % qui correspond par courriels, pour le compte de l'entreprise, avec la Caisse de chômage. »

Le SDE a alors demandé à la société par courriel du 16 septembre 2021 de se déterminer sur la perte de travail conséquente annoncée auprès de la Caisse et de remettre tout document attestant de sa situation.

La société a répondu par courrier électronique du 21 septembre 2021 de B. _____, associée gérante avec signature individuelle, qui a fait valoir que face à une situation financière très difficile engendrée par la crise sanitaire actuelle, le chiffre d'affaires réalisé durant les mois de juin et juillet 2021 ne permettait pas à la société de couvrir ses charges. La perte de travail des deux employés était de 100 %. A titre de mesures, elle avait relancé régulièrement les clients qui

avaient annulé les mandats en mars 2020, et mis la priorité sur de nouveaux prospects et le networking.

Par décision rectificative du 19 octobre 2021 annulant et remplaçant la décision du 4 mai 2021, le SDE a fait savoir à la société que pour autant que les autres conditions du droit soient remplies, la Caisse pouvait lui octroyer l'indemnité en cas de RHT pour la période du 1^{er} mars au 31 mai 2021. Le SDE a retenu que s'il pouvait admettre que les deux collaborateurs soient confrontés à une baisse des rendez-vous en clientèle, il n'était en revanche guère vraisemblable que les deux employés en question, dont l'activité principale consistait à acquérir de nouveaux clients, soient inoccupées du fait de la baisse des demandes desdits clients. L'entreprise ne rendait pas vraisemblable la présence d'une perte de travail à un taux aussi important (totale inactivité de ses deux employés), ni le lien que celle-ci aurait avec la situation sanitaire actuelle, qui se détendait depuis plusieurs mois. En outre, avec l'écoulement du temps, la perte de travail n'était plus exceptionnelle ni imprévisible, mais constituait un risque normal d'exploitation à charge de l'entreprise.

La société, par son conseil, s'est opposée à cette décision le 25 octobre 2021. Complétant cette opposition le 19 novembre 2021, elle a conclu à la confirmation de la décision du 4 mai 2021, dans le sens de l'octroi de RHT jusqu'au 31 août 2021. Elle a notamment fait valoir que, sans contester que son activité n'ait pas été directement frappée par les mesures de fermeture décidées par les autorités dans le cadre de la lutte contre la pandémie, elle avait toutefois subi de plein fouet les décisions des autorités. Dans la mesure où le recrutement dans le domaine de la restauration représentait 70 % de son chiffre d'affaires, et que les restaurants avaient été fermés du 26 décembre 2020 au 31 mai 2021 (avec une exception pour les terrasses ouvertes depuis fin avril 2021), la demande en personnel avait été quasi nulle, situation qui ne s'était pas améliorée avec la réouverture des restaurants, qui avaient préféré dans un premier temps « temporiser », la situation ne s'améliorant que depuis la fin de l'été 2021. Elle a ajouté que c'était l'associée-gérante qui était en

charge de relancer les clients et d'en contacter de nouveaux, les deux employés étant chargés quant à eux d'offrir leur compétence aux clients pour trouver leurs futurs employés.

Par décision sur opposition du 9 décembre 2021, le SDE a rejeté l'opposition formée par la société. Il a retenu qu'aucun élément du dossier ne permettait d'expliquer l'absence totale de mandats à laquelle la société aurait été confrontée pendant les mois de juin et juillet 2021, le manque de mandats de recrutement étant causé par un choix de sa clientèle. Quant à la perte de travail que l'entreprise faisait valoir dans ses décomptes d'indemnité RHT, le SDE relevait que la situation économique et sanitaire aux mois de juin et juillet 2021 ne permettait plus d'expliquer une perte de travail annoncée au taux de 100 %.

B. a) Par acte du 25 janvier 2022, W._____ Sàrl, toujours représentée par Me Claudio Venturelli, a recouru à l'encontre de la décision sur opposition du 9 décembre 2021 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal et a pris les conclusions suivantes :

- « I. Le recours est admis.
- II. La décision sur opposition rendue le 9 décembre 2021 par le Service de l'emploi, instance juridique chômage, est annulée, respectivement réformée en ce sens que les indemnités en cas RHT sont octroyées à W._____ Sàrl jusqu'au 31 août 2021.
- III. Subsidiairement à la conclusions II ci-dessus, la décision sur opposition rendue le 9 décembre 2021 est annulée, le dossier étant renvoyé au Service de l'emploi, instance juridique chômage, pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. »

Dans un premier moyen, elle se plaint d'une violation des arts. 32 al. 1 let. a et 33 al. 1 let. a LACI. Elle fait à cet égard valoir que le recrutement dans les domaines de la restauration et de l'événementiel représente la part la plus importante de son activité, avec quelque 70 % de son chiffre d'affaires. Même si certaines mesures ont progressivement été levées par les autorités dans ces secteurs, notamment par la réouverture des restaurants le 31 mai 2021, la majorité des restrictions

ont subsisté, à tel point que certains restaurateurs ont renoncé à rouvrir leurs restaurants, et que les entreprises n'ont jamais recouvré la santé financière qu'elles connaissaient avant la crise engendrée par le Covid-19, et en aucun cas dès le 1^{er} juin 2021. Cette conjoncture défavorable a eu des effets sur son activité, les mandats existants, au nombre de 19, ayant tous été annulés, et de nouveaux pas conclus. La société explique ainsi avoir subi une perte de travail drastique, alors que les deux employés s'occupent précisément de gérer les mandats en cours. Pour la recourante, la perte de travail est due à des facteurs d'ordre économique, et n'aurait pas pu être évitée, même avec les mesures prises par son associée-gérante. Cette perte de travail n'est en outre pas habituelle, puisqu'elle ne pouvait faire l'objet de calculs prévisionnels. Dans un deuxième moyen, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA, au motif que l'intimé avait déjà procédé à une instruction complète et connaissait tous les faits. A ses yeux, la perte de travail de 100 % existait déjà au moment où le dossier avait été instruit et où les indemnités en cas de RHT des mois de juin et juillet 2021 avaient été versées, si bien que les conditions d'une révision procédurale n'étaient pas réunies et que la décision du 4 mai 2021 ne pouvait être rectifiée. Pour la recourante, les conditions d'une reconsidération n'étaient pas non plus remplies, en l'absence d'application erronée du droit, et de constatation erronée du droit résultant de l'appréciation des faits. Dans un moyen subsidiaire, la recourante observe qu'elle ne pouvait que penser de bonne foi que les indemnités en cas de RHT des mois de juin et juillet 2021 lui étaient dues, estimant que la confiance placée dans les assurances reçues par l'intimé, - les indemnités en cas de RHT des mois de juin et juillet 2021 lui ayant été versées les 19 juillet et 24 août 2021 - , doit être protégée en vertu du principe de la bonne foi.

b) Par réponse du 2 mars 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c) La recourante a maintenu sa position le 1^{er} juin 2022.

d) L'intimé en a fait de même le 16 juin 2022.

e) Interpellée sur les suites à donner à la procédure dès lors que selon décision de son assemblée des associés du 8 septembre 2022, la société avait prononcé sa dissolution, la recourante, par son avocat, a indiqué par courrier du 13 janvier 2023, après avoir interpellé le liquidateur, qu'elle souhaitait maintenir son recours. Elle a joint un courrier du liquidateur confirmant en cette qualité son accord avec le maintien de la procédure.

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 compte tenu des fêtes de fin d'année (art. 60 et 38 al. 4 let. c LPGA), 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 point de savoir si la recourante peut prétendre à l'indemnité en cas de RHT pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2021.

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 s'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou s'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), si 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).

Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; TF 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.1).

La perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI), et si elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 let. b LACI).

Dans les cas dits « de rigueur », l'art. 32 al. 3 LACI permet d'accorder l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour des 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 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, 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).

b) Une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien, ou à d'autres interruptions habituelles et réitérées de l'exploitation, ou encore à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI). 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 ; TFA C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 3 et C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2.1). Les risques économiques ordinaires comme notamment le risque de baisse de compétitivité par rapport à celle de la concurrence ne sont pas indemnisables. En ce qui concerne les risques qualifiés de « plus ou moins ordinaires », les solutions sont plus nuancées. L'évolution normale et régulière de la conjoncture est un phénomène ordinaire qui ne

peut justifier l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. En cas de crise économique soudaine et d'une certaine ampleur, les acteurs économiques sont généralement surpris et leur capacité d'adaptation est mise à l'épreuve. Toutefois, même en cas de crise économique soudaine et de grande ampleur, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne peut être versée lorsque des indices clairs montrent que la perte de travail est surtout influencée par le fait que l'entreprise n'est plus adaptée à la demande et que cette tendance est nette et marquée, du moins à court et moyen terme. Les tendances générales et irréversibles à court et moyen terme, sous forme par exemple de modifications de la demande, des modes de consommation et des habitudes, imposent des restructurations (Rubin, op. cit., n^{os} 13 à 15 ad art. 33 LACI et les références citées).

4. a) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références citées).

b) La procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois pas absolu et sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 125 V 193 consid. 2 et les références citées). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du

litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées).

5. 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). Les mêmes conditions s'appliquent pour le réexamen d'une décision rendue en procédure simplifiée (art. 51 LPGA) qui n'a pas été contestée dans un délai raisonnable (ATF 143 V 105 consid. 2.1 ; 138 V 324 consid. 3 ; 134 V 145 consid. 5.3.1 ; 129 V 110).

La notion de faits ou moyens de preuve nouveaux s'apprécie de la même manière en cas de révision (procédurale) d'une décision administrative (art. 53 al. 1 LPGA), de révision d'un jugement cantonal (art. 61 let. i LPGA) ou de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral fondée sur l'art. 123 al. 2 let. a LTF (loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Sont nouveaux, au sens de ces dispositions, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où des allégations de faits étaient encore recevables dans la procédure principale, mais qui n'étaient pas connus de la partie requérante malgré toute sa diligence. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte. Les preuves, quant à elles, doivent servir à établir soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment de la partie requérante. Dans ce contexte, le moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement,

mais à l'établissement de ces derniers (ATF 144 V 245 consid. 5.1 ; 143 V 105 consid. 2.3).

Lorsque la contestation porte sur la réduction ou la suppression d'une prestation d'assurance au motif d'une révision procédurale, il appartient à l'assureur social de démontrer que les conditions de l'art. 53 al. 1 LPGA sont réalisées. A défaut, il doit subir les conséquences de l'absence de preuve et maintenir la décision initiale (Margit Moser-Szeless, in Dupont/Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 64 ad art. 53 LPGA).

6. a) Ancré à l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou d'une insuffisance de sa part (ATF 129 II 361 consid. 7.1 et les références citées). La protection de la confiance dans les déclarations de l'administration est également ancrée à l'art. 9 Cst. (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} édition, Zürich/Bâle/Genève, 2006, n° 12.4.2, p. 932). A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celle-ci (ATF 143 V 95 consid. 3.6.2 ; 129 II 361, consid. 7.1 et les références citées ; TF C 335/05 du 14 juillet 2006 consid. 2.2 ; TF K 149/05 du 3 mai 2006 consid. 6.1).

b) Le droit au respect de la bonne foi comprend également l'interdiction des comportements contradictoires (Boris Rubin, op. cit., n° 12.4.1, p. 931). Selon ce principe, une autorité ne peut pas sans ménagement apprécier différemment des faits identiques visant une même personne. Les administrés doivent pouvoir faire confiance au comportement de l'autorité à leur égard (Boris Rubin, op. cit., n° 12.4.4.2,

p. 942). Le droit à la protection de la bonne foi peut donc également être invoqué en présence d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance ou encore une tolérance légitime (ATF 129 II 361 consid. 7.1 et les références citées ; Boris Rubin, op. cit., n° 12.4.4.2, p. 942).

7. En l'occurrence, la décision du 4 mai 2021 par laquelle de SDE a octroyé à la recourante l'indemnité en cas de RHT pour la période du 1^{er} mars au 31 août 2021 était entrée en force lorsque l'intimé a rendu sa décision rectificative du 19 octobre 2021, confirmée sur opposition le 9 décembre 2021.

Or ce n'est que lorsque la décision n'est pas formellement entrée en force de chose décidée, c'est-à-dire lorsque le délai de recours n'est pas encore échu au moment où l'administration révoque sa décision (ATF 129 V 110 consid. 1.2.1 et la référence), que l'administration est habilitée à revenir sans condition sur sa décision, les principes de la bonne foi et de la sécurité du droit n'ayant pas la même importance qu'après qu'elle soit entrée en force de chose décidée (ATF 134 V 257 consid. 2.2 ; voir également ATF 121 II 273 consid. 1a/aa ; Tobias Bolt, in Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], Bâle 2020, n° 13 ad art. 52 al. 4 LPGA ; voir également Tobias Bolt, Zulässigkeit eines reinen Widerrufs pendente lite : rechtsmissbräuchliche Umgehung des Rückzugsrechts bei einer drohenden reformatio in peius, in Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 2019, pp. 231 ss).

En dehors de l'éventualité, non réalisée ici, d'une décision pas formellement entrée en force de chose décidée, il appartient à l'assureur social de démontrer que les conditions de l'art. 53 al. 1 LPGA sont réalisées.

Or l'intimé n'a pas fait cette démonstration.

On peut certes se demander, avec la recourante, si l'intimé, qui ne s'est pas déterminé sur le grief tiré de l'absence de motif de

révision de la décision du 4 mai 2021 soulevé en recours, aurait pu considérer que la reprise progressive de l'économie à compter du 1^{er} juin 2021 pouvait constituer un fait nouveau. Tel ne pourrait cependant être le cas, puisque les faits ou moyens de preuve postérieurs à la décision administrative sont en principe exclus (Margit Moser-Szeless, op. cit., n° 46 ad art. 53 LPGA). Il ressort plutôt des éléments du dossier que l'intimé a procédé à une nouvelle appréciation de la situation, sans que la recourante ait caché des informations, ou varié dans ses explications.

On relèvera à toute fins utiles que la société a transmis son organigramme au SDE avec son premier préavis de RHT, en mars 2020. Il en ressort que ses « propriétaires et dirigeants » étaient A. _____ et B. _____ ; C. _____ étant quant à elle « recruitment manager » et D. _____ « recruteur ». B. _____ n'a pas caché que C. _____ était sa fille (cf. note juridique du 23 septembre 2020). Le caractère d'entreprise « familiale » de la recourante était donc connu de l'intimé lorsqu'il a rendu la décision du 4 mai 2021.

Pour le surplus, l'intimé ne soutient pas que sa décision du 4 mai 2021 devait être reconsidérée, car elle reposait d'emblée sur une appréciation initiale erronée du droit. Les conditions auxquelles est soumise une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) font ainsi défaut.

En définitive, il découle de ce qui précède que l'intimé a procédé à la révision d'office du cas de la recourante, en l'absence de faits nouveaux importants ou de nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant l'autorisant à procéder à une révision de la décision rendue le 4 mai 2021 (cf. art. 53 al. 1 LPGA). Pour ces motifs, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 9 décembre 2021 annulée, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante.

8. a) Au vu de tout ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 9 décembre 2021 rendue par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, annulée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. fbis 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 2'000 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 l'intimé.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 9 décembre 2021 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (désormais : Direction générale de l'emploi et du marché du travail), est annulée.

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

- IV.** Le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (désormais : Direction générale de l'emploi et du marché du travail), versera à la recourante une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Claudio Venturelli (pour W. _____ Sàrl en liquidation),
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage (désormais : 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 :