

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 mai 2016

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente

M. Neu et Mme Dessaux, juges

Greffière : Mme Rochat

Cause pendante entre :

O. _____, à Lausanne, recourante,

et

F. _____, à Lausanne, intimé.

Art. 31, 32 et 33 LACI

E n f a i t :

A. L'entreprise O. _____ (ci-après : l'entreprise ou la recourante) exploite un bureau d'ingénieurs spécialisés en automatisme industriel et en optimisation. Elle comprend deux employés qui développent des produits logiciels principalement dans le domaine du ciment et des centrales thermiques.

Par préavis du 20 août 2015, l'entreprise a requis du Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail pour un employé, pendant la période du 1^{er} septembre 2015 au 31 janvier 2016, en vertu des articles 31 et suivants LACI (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0). Elle a exposé devoir faire face à un manque de projets pour la période considérée et avoir un carnet de commandes faible malgré plusieurs offres internationales à concrétiser en 2016.

Il est ressorti des mesures d'instruction qui ont suivi la demande que l'entreprise était occupée de 2012 à l'automne 2015 par deux projets d'envergure en [...] et en [...], et que faute de moyen, elle a été empêchée de prospecter de nouveaux clients pendant cette période. Elle a par ailleurs expliqué subir une perte de chiffre d'affaires due au développement de nouveaux logiciels pas encore commercialisés.

Par décision du 4 septembre 2015, le SDE a refusé de donner suite à la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Il a retenu en substance que le manque de commandes invoqué s'expliquait par une prospection insuffisante de la clientèle qui était directement liée à la gestion et à l'organisation de l'entreprise, une situation qui ne pouvait être qualifiée d'inévitable, exceptionnelle ou extraordinaire au sens des art. 31 à 33 LACI.

Par écriture du 9 septembre 2015, l'entreprise s'est opposée à cette décision. Elle a notamment rappelé qu'avec seulement deux employés occupés essentiellement à la réalisation de deux projets conséquents, elle n'a pas pu déployer les moyens suffisants pour prospecter de nouveaux clients. Elle a considéré avoir dû opérer un choix de survie qui l'a amené à privilégier la réalisation des projets en cours, mentionnant encore avoir été touchée par le franc fort.

Par décision du 22 septembre 2015, le SDE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 4 septembre 2015. Il a retenu que la perte de clients subie par l'entreprise était prévisible dès lors qu'elle s'était principalement concentrée sur deux clients entre 2012 et 2015, sans prendre les mesures nécessaires pour trouver de nouveaux mandats durant cette période.

B. Par acte du 21 octobre 2015, O._____ recourt contre la décision sur opposition du 22 septembre 2015, en concluant implicitement à sa réforme dans le sens de l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. La recourante expose qu'en raison de ressources limitées et d'imprévus survenus dans le cadre de la réalisation de ses projets, elle n'a pas pu consacrer du temps à la prospection de nouveaux clients. Elle indique que cette recherche est actuellement nécessaire en raison de la concurrence internationale, de l'abandon de projets et du franc fort, précisant qu'elle ne peut toutefois se faire des années à l'avance, mais seulement en lien avec des projets en cours de démarrage. Compte tenu des circonstances décrites, la recourante conclut que la perte de travail subie relève d'une situation exceptionnelle et non prévisible qui justifie l'octroi des indemnités réclamées.

Dans sa réponse du 25 novembre 2015, le SDE indique n'avoir aucun élément complémentaire à apporter à la décision sur opposition et conclut au rejet du recours.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de l'assurance-chômage (art. 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 sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI ; art. 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

L'employeur a qualité pour recourir selon l'art. 59 LPGA contre une décision de refus d'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 111 V 387 consid. 1c ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 2 ad. art. 31 et n° 14 ad. art. 102 ; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer, Soziale Sicherheit, 2^e édition, 2007, n° 455, p. 2313).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

2. En l'espèce, est litigieux l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur d'un employé de la recourante, pour la période du 1^{er} septembre 2015 au 31 janvier 2016.

3. a) En vertu de l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleurs dont la durée normale de 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 si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d).

Entre autres conditions, 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 (art. 32 al. 1 let. a LACI).

b) La LACI ne définit pas ce que recouvre la notion fondamentale de « facteurs d'ordre économique ». Lesdits facteurs comprennent en réalité essentiellement ceux liés à la conjoncture. Ils peuvent toutefois également englober des facteurs structurels. La conjoncture défavorable se manifeste par une baisse plus ou moins généralisée de la demande de biens et de services. Les problèmes structurels dont il est question ici, c'est-à-dire ceux qui sont à l'origine d'une perte de travail, se caractérisent le plus souvent par une inadaptation de l'entreprise par rapport à la demande. Quant à l'exigence du caractère « inévitable » de la perte de travail, elle rejoint l'obligation, à charge de l'employeur, de diminuer le dommage causé à l'assurance. Seule la perte de travail que l'employeur ne pouvait éviter en prenant les mesures de gestion et d'organisation nécessaires est indemnisable. L'autorité qui nie le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en raison du caractère évitable de la perte de travail doit pouvoir indiquer les mesures que l'employeur était tenu de prendre pour éviter de solliciter l'assurance-chômage (Boris Rubin, op. cit., n° 10 ad. art. 32). Le Tribunal fédéral procède à une interprétation large du terme « ordre économique » ; font notamment partie des facteurs d'ordre économique les baisses de commande d'un produit que l'employeur vend habituellement (ATF 128 V 305 consid. 3a).

c) Cependant, même quand la perte de travail satisfait à ces différents critères, elle n'est pas prise en considération lorsqu'elle entre dans un cas de figure prévu à l'art. 33 LACI. Tel est notamment le cas 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 *in fine* ; TFA C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2, Boris Rubin, op. cit., n° 18 ad. art. 32 et nos 4 et 5 ad. art. 33 et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et 128 V 305 consid. 4a). L'art. 33 LACI vise à éviter que l'assurance-chômage ne prenne en charge des interruptions de travail prévisibles et susceptibles d'être planifiées par l'employeur. Cette disposition incite l'employeur à se comporter comme si l'assurance-chômage n'existait pas et à prendre en charge les risques d'entreprise habituels et ceux propres à l'activité en question. Ces risques sont connus et ne peuvent être reportés sur une assurance sociale (Boris Rubin, op. cit., n° 2 ad. art. 33).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, la perte de travail habituelle, c'est-à-dire celle qui, d'après l'expérience de la vie, survient périodiquement et qui, par conséquent, peut 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 (ATF 119 V 498 consid. 1 ; SVR 2003 ALV n° 9 p. 27, consid. 5 ; TFA du 10 mars 1994 in : DTA 1995 n° 20 p. 117 ss consid. 1b ; TFA C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2 ; Boris Rubin, op. cit., n° 10 ad. art. 33 et les références citées).

La perte de travail liée aux risques économiques ordinaires, tels que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence, ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, n'est pas indemnisable. Pour une entreprise qui traite

essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques normaux d'exploitation. Certains risques économiques sont exceptionnels ou extraordinaires et doivent être indemnisés. Il en va ainsi des risques liés à certaines décisions politiques (protectionnisme, représailles économiques, etc.), les conséquences d'événements extraordinaires du type des attentats du 11 septembre 2001, certains risques systémiques, par exemple ceux engendrés par la chute des cours boursiers. Les entreprises ne peuvent déterminer leurs marges en tenant compte de ce genre d'événements car ils surviennent plus ou moins inopinément. De surcroît, leur impact est incalculable. Ainsi, plus le risque est imprévisible, plus la perte de travail qui en découle sera susceptible d'être prise en considération et pourra déboucher sur une indemnisation (Boris Rubin, *op. cit.*, n^{os} 13 et 16 ad. art. 33 et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

4. En l'occurrence, la recourante a essentiellement expliqué la réduction du travail à laquelle elle s'est retrouvée confrontée dès le mois de septembre 2015 par une prospection insuffisante de la clientèle entre 2012 et 2015 alors qu'elle se concentrait sur la réalisation de deux projets conséquents. Elle soutient que le manque de moyens financiers et en personnel ne lui a pas permis de s'organiser de façon différente.

a) Les arguments soulevés par la recourante ne sont pas convaincants. Mobiliser l'entier de ses ressources à la réalisation de deux mandats durant plusieurs années, en négligeant la prospection de nouveaux clients dans l'intervalle, constitue un risque économique dont les conséquences étaient prévisibles. La recourante était consciente de l'échéance prochaine de deux mandats importants, et cela même si elle a dû faire face à des imprévus et à des demandes supplémentaires de la part de ses clients durant la réalisation de ces projets. Elle ne pouvait en conséquence ignorer la perspective certaine d'une réduction de son carnet de commandes pour le futur, vu la stratégie choisie. Que la prospection de clients ne puisse se faire qu'en lien avec des projets en cours de

démarrage, ainsi que l'explique la recourante dans son recours, ne change pas ce constat.

b) La recourante, dans le cadre de son recours, a observé que la prospection de nouveaux clients était « rendue nécessaire au vu d'une concurrence notamment indienne et chinoise accrue, par l'abandon au dernier moment de plusieurs projets et aussi par le franc fort» (recours du 21 octobre 2015). Compte tenu du contexte difficile dans lequel elle explique évoluer, ce dont elle n'apporte au demeurant pas le moindre début de preuve, la recourante n'ignore pas que la recherche de clients est indispensable à sa survie, comme c'est d'ailleurs le cas pour toute autre entreprise opérant dans un marché concurrentiel. Or, l'entreprise qui subit des pertes de travail en raison de l'absence de mesures d'adaptation nécessaires à sa survie ne peut se prévaloir du caractère inévitable de ces pertes (dans ce sens, Rubin, op. cit., n° 7 ad. art. 32 et la jurisprudence citée). En l'occurrence, il ressort des déclarations de la recourante qu'elle se consacre à des projets qui la privent de façon récurrente des ressources nécessaires pour prospecter de nouveaux clients et ainsi assurer un carnet de commandes stable. En effet, dans le cadre de sa demande, la recourante avait aussi expliqué la perte de travail subie dès le mois de septembre 2015 par le développement de nouveaux produits qui n'avaient pu être écoulés sur le marché, la cause principale étant, selon ses termes, que « faute de moyens, nous n'avons pas poussé suffisamment la prospection, ce qui a été rattrapé, mais trop tardivement » (courriel du 21 août 2015 de la recourante à l'intimée). Ainsi, si la capacité de la recourante à s'engager dans des mandats d'envergure et à développer de nouveaux produits doit être soulignée, sa structure et ses ressources sont vraisemblablement inadaptées aux projets qu'elle choisit de réaliser, dès lors qu'elle ne peut mener en parallèle la recherche de clientèle essentielle pour assurer sa pérennité. Il n'appartient pas à l'assurance-chômage de contribuer, par son intervention, à retarder des adaptations structurelles qui semblent nécessaires en l'espèce vu les problèmes d'effectifs et d'organisation rencontrés par la recourante.

En définitive, la perte de travail invoquée n'était pas imprévisible et pouvait être évitée en prenant les mesures de gestion et d'organisation nécessaires. En l'absence de circonstances exceptionnelles qui permettraient de conclure que la perte de travail invoquée a pour origine une cause extraordinaire qui n'est pas inhérente aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer, la perte de travail en question ne peut pas être indemnisée.

Dans ces conditions, c'est à bon droit que l'autorité intimée s'est opposée au versement en faveur de la recourante des indemnités pour réduction de l'horaire de travail.

5. Au vu des considérants qui précèdent, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté, la décision attaquée étant confirmée.

La procédure étant en principe gratuite, il n'est pas prélevé de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). La recourante qui n'obtient pas gain de cause et qui n'est au demeurant pas représentée par un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 22 septembre 2015 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- O. _____,
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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 :