

## Tribunal fédéral – 8C\_272/2021

1<sup>re</sup> Cour de droit social  
Arrêt du 17 novembre 2021

### Résumé et analyse

#### Proposition de citation :

MELI MARCO, La prise en compte des vacances et des jours fériés dans le calcul du droit aux RHT-Covid. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_272/2021, Newsletter rcassurances.ch février 2022

## Newsletter février 2022

Assurance-chômage, indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), procédure sommaire de décompte, calcul de l'indemnité, gain déterminant, gain horaire à prendre en considération, vacances et jours fériés

**Art. 34 LACI ; 8i O COVID-19 assurance-chômage**



## Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_272/2021 du 17 novembre 2021

Marco Meli

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt du Tribunal fédéral (TF) 8C\_272/2021 du 17 novembre 2021 concerne le cas d'un restaurateur lucernois au bénéfice d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT). Il est question de déterminer si, dans le cadre de la procédure sommaire, les jours de vacances et les jours fériés doivent être pris en considération dans le calcul de l'indemnité RHT, de la même manière qu'en procédure ordinaire de décompte.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

En raison des mesures prises par les autorités cantonales et fédérales pour lutter contre la propagation du nouveau coronavirus Covid-19, A., en tant que gérante d'un restaurant, est mise au bénéfice d'indemnités RHT par la caisse de chômage du canton de Lucerne (ci-après : la caisse) pour la période courant du 16 mars au 31 juillet 2020. Après l'indemnisation des mois de mars et avril 2020, la caisse a exigé le remboursement des montants payés en trop, arguant que pendant la durée de validité de la procédure sommaire de décompte, les jours fériés et les vacances ne devraient pas être pris en considération lors du calcul de l'indemnité pour les collaborateurs et collaboratrices percevant un salaire mensuel. Elle a ensuite maintenu cette méthode de calcul pour les mois ultérieurs. Par décision sur opposition du 1<sup>er</sup> octobre 2020, le service de l'emploi du canton de Lucerne confirme cette pratique.

Par décision du 26 février 2021, le Tribunal cantonal lucernois a admis le recours formulé contre cette décision sur opposition, en ce sens qu'il l'a annulée et renvoyé l'affaire devant la caisse de chômage pour nouvelle décision dans le sens des considérants ([5V 20 396](#)).

La caisse de chômage de Lucerne, avec le soutien du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), a déposé un recours en matière de droit public auprès du TF contre la décision du Tribunal cantonal lucernois. Le 17 novembre 2021, le TF rejette le recours.

## B. Le droit

Dans cet arrêt, il s'agit de déterminer si la pratique des caisses de chômage concernant l'indemnisation des jours de vacances et des jours fériés des personnes employées en réduction de l'horaire de travail dans la procédure de décompte sommaire est contraire au droit.

Le TF rappelle en premier lieu que l'indemnité en cas de RHT s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération<sup>1</sup>. Est déterminant jusqu'à concurrence de la limite supérieure du gain à prendre en considération pour le calcul des cotisations, *le salaire contractuel* versé pour la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Dans ce salaire sont comprises *les indemnités de vacances* et les allocations régulières convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas versées pendant la période où l'horaire est réduit et à condition qu'elles ne soient pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Les augmentations de salaire, prévues par convention collective, qui prennent effet durant la période où l'horaire est réduit, sont prises en considération<sup>2</sup>.

L'indemnité RHT est calculée différemment selon que la travailleuse ou le travailleur est payé au mois ou à l'heure<sup>3</sup>. Lorsque la personne est salariée au mois, la caisse détermine le *gain horaire à prendre en considération* en divisant le *gain mensuel déterminant* par le *nombre moyen d'heures à effectuer par mois*. Le nombre moyen d'heures à effectuer par mois est calculé en divisant par douze le nombre annuel d'heures à effectuer, réduit des vacances et jours fériés<sup>4</sup>. Ce faisant, dans la procédure de décompte ordinaire, les jours de vacances et les jours fériés sont pris en considération dans le calcul du droit à l'indemnité RHT d'une personne percevant un salaire mensuel, en les déduisant du temps de travail annuel (c. 3.1.1 et 3.1.2).

Le TF a également attiré l'attention sur la nature juridique des directives et ordonnances administratives, en précisant leur portée. Celles-ci ne s'adressent en principe qu'aux organes d'exécution et ne lient pas les tribunaux. Il convient néanmoins d'en tenir compte et de ne s'en écarter que s'il existe de justes motifs. Ces textes, qu'ils soient de rang cantonal ou fédéral, permettent une application uniformisée et concrétisent les règles de droit (c. 3.1.3).

L'instance précédente a rappelé que dans le cadre d'une procédure ordinaire RHT, il était tenu compte des jours de vacances et jours fériés pour établir le droit à l'indemnité. Cela n'est pas contesté par la partie recourante. En revanche, cette dernière justifie un traitement différencié dans le cadre d'une procédure sommaire, en application de l'article 8i de l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19)<sup>5</sup>. Cette disposition prévoit que tant que dure la période où la présente ordonnance s'applique, la perte de gain à prendre en considération est calculée par une procédure sommaire, et l'indemnité de 80 % en cas de réduction de l'horaire de travail est

---

<sup>1</sup> Art. 34 al. 1 LACI.

<sup>2</sup> Art. 34 al. 2 LACI.

<sup>3</sup> SECO, Bulletin LACI RHT, E8 ss.

<sup>4</sup> SECO, Bulletin LACI RHT, E10.

<sup>5</sup> RS 837.033. Ci-après : O COVID-19 assurance-chômage.

versée sous la forme d'un forfait<sup>6</sup>. Dans ce cadre, la partie recourante a interprété la notion de gain déterminant au sens de l'article 8i alinéa 3 O COVID-19 assurance-chômage, en ce sens qu'il ne fallait tenir compte que des heures théoriques brutes, c'est-à-dire sans la déduction des jours de vacances et des jours fériés. Le TF rappelle cependant que l'article 8i précité ne constitue pas une base légale suffisante pour se détourner de la méthode de calcul prévue par l'article 34 LACI. Aussi, selon une interprétation téléologique, l'idée de ne pas tenir compte des jours de vacances et des jours fériés dans l'indemnité RHT durant une procédure sommaire ne ressort pas non plus du message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19)<sup>7</sup>. En procédant de la sorte, la Caisse de chômage viole non seulement le principe de légalité, mais aussi le principe de l'égalité entre personnes assurées : elle crée une différence de traitement entre des employeurs qui seraient mieux ou moins bien lotis que d'autres en ce qui concerne l'indemnisation de la somme des salaires par rapport aux heures de travail perdues et ce uniquement en raison de la forme de rémunération convenue pour les personnes employées. Or, selon le TF, la prise en compte des jours de vacances et des jours fériés n'empêche pas une procédure sommaire simple et rapide (c. 3.2.1 et 3.2.2).

De son côté, la partie recourante soutient que son interprétation du gain déterminant qu'elle tire de l'article 8i de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage ne déroge pas à l'article 34 alinéa 2 LACI. En effet, l'indemnité de vacances doit uniquement être comprise comme le supplément de salaire versé en plus du salaire de base, comme c'est le cas bien souvent lorsqu'une personne est payée à l'heure<sup>8</sup>. En aucun cas, elle vise le fait de tenir compte des vacances et jours fériés dans le calcul du gain horaire à prendre en considération. Cela ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de la législation AVS. La recourante rappelle en outre, pour étayer son raisonnement, que les indemnités RHT ne servent en principe à indemniser que les heures perdues pour des raisons économiques et non les heures perdues pour cause de vacances ou de jours fériés. Il semblerait donc logique, durant une procédure de décompte sommaire de l'indemnité RHT, que l'employeur prenne en charge le salaire durant les vacances et les jours fériés (c. 3.3).

Dans sa prise de position, le SECO va plus loin. Selon lui, l'article 34 alinéa 2 LACI doit être compris en ce sens qu'il ne s'agit que de l'indemnité de vacances et de jours fériés effectivement versée avec le dernier salaire. En qualifiant de salaire déterminant des indemnités de vacances qui ne sont pas effectivement versées, cela est contraire à l'article 34 LACI (c. 3.4).

La procédure de décompte ordinaire de l'indemnité RHT garantit l'égalité de traitement entre les travailleuses et travailleurs rémunérés au mois et ceux payés à l'heure, en ce sens que les vacances et les jours fériés sont pris en compte dans les deux cas, même s'ils le sont sous une modalité différente. Dans les deux cas, la procédure se fonde sur l'article 34 LACI et il n'y aurait aucune raison et de réduire ainsi son champ d'application dans la procédure sommaire (c. 5.1). Si certaines modifications sont tolérées dans le cadre de cette nouvelle procédure sommaire (c. 5.2.2), d'autres ne le sont pas. Le TF retient sans équivoque que la méthode de calcul des indemnités RHT suivie jusqu'ici par les caisses de chômage en application de la

---

<sup>6</sup> Art. 8i O COVID-19 assurance-chômage.

<sup>7</sup> FF 2020 2068.

<sup>8</sup> SECO, Bulletin LACI RHT, E11.

procédure sommaire<sup>9</sup> est illicite, crée une inégalité de traitement entre personnes assurées et ne se justifie par aucune base légale suffisante (c. 5.3.1 et 5.3.2).

Le TF profite des considérants 5.4.1 à 5.4.3 pour rappeler la jurisprudence relative à l'article 34 LACI, en particulier les questions qui ont trait à l'égalité de traitement et le calcul de l'indemnité RHT.

En résumé, il est d'avis que les personnes assurées qui reçoivent une rémunération supplémentaire au titre d'indemnité de vacances au sens de l'article 7 alinéa 1 lettre o RAVS<sup>10</sup> doivent être mises sur un pied d'égalité avec les personnes qui ont pris leurs vacances en nature. Cela vaut également durant la procédure sommaire de décompte prévue par l'article 8i O COVID-19 assurance-chômage. Le TF, tout comme l'instance précédente, laisse finalement ouverte la question de savoir comment, lors d'une procédure sommaire, les jours de vacances et les jours fériés devaient être compris dans le calcul de l'indemnité RHT (consid. 6.1).

### III. Analyse

Depuis le mois de mars 2020, la Suisse est plongée dans une situation épidémiologique sans précédent. Cela a conduit les autorités politiques à prendre des mesures contraignantes, qui ont fortement impacté le marché du travail. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19). Cette réglementation transitoire apporte des modifications sur le plan de l'organisation et de la mise en œuvre de la législation sur l'assurance-chômage, en particulier dans le domaine de la réduction de l'horaire de travail. En versant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'assurance-chômage couvre provisoirement une partie des charges salariales des employeurs dont les personnes qu'ils emploient sont touchées par une réduction de l'horaire de travail. Cela permet ainsi d'éviter des licenciements consécutifs à des pertes de travail brèves mais inévitables. Entre autres mesures, le Conseil fédéral a introduit la procédure de décompte sommaire des indemnités RHT afin de minimiser autant que possible la charge administrative des entreprises concernées et de l'administration. Désormais et pour une durée limitée<sup>11</sup>, au vu de la situation épidémiologique, la législation sur l'assurance-chômage (AC) distingue deux types de procédures de décompte : la procédure ordinaire et la procédure sommaire.

Lors d'une procédure ordinaire, l'indemnité en cas de RHT s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération. Le salaire contractuel versé pour le dernier mois de cotisation avant le début de la RHT est déterminant pour calculer l'indemnité en cas de RHT. Le salaire déterminant comprend, en plus du salaire de base, les indemnités de vacances et pour jours fériés. La caisse calcule ensuite le gain horaire à prendre en considération qui servira de base au calcul de l'indemnité en cas de RHT, à partir du gain déterminant. A travers cet arrêt, nous avons eu l'occasion de constater que l'indemnité est calculée différemment selon que la travailleuse ou le travailleur est payé au mois ou à l'heure. En tous les cas toutefois, il est tenu compte des jours de vacances et des jours fériés, mais sous une forme différente. Dans la première constellation, les vacances et jours fériés sont déduits du temps de travail mensuel, ce qui réduit le diviseur et, dans le même temps, augmente le gain horaire à prendre en

---

<sup>9</sup> Art. 8i O COVID-19 assurance-chômage.

<sup>10</sup> Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101.

<sup>11</sup> Par communiqué du 26 janvier 2022, le CF a décidé de prolonger la procédure de décompte sommaire.

considération. En revanche, dans la deuxième constellation, un pourcentage est directement ajouté au gain horaire à prendre en considération. Force est donc de constater que, d'une manière ou d'une autre, il en est tenu compte dans le calcul de l'indemnité RHT en procédure ordinaire.

Pour des raisons qui n'ont pas réussi à convaincre notre Haute Cour, la pratique de l'AC concernant le calcul de l'indemnité RHT en temps de Covid-19 tendait jusqu'ici à ne pas prendre en considération les vacances et les jours fériés dans le calcul de l'indemnité RHT des personnes employées rémunérées mensuellement. Cette pratique se heurte à plusieurs dispositions légales et divers principes fondamentaux.

Dans le domaine du droit de l'AC d'abord. Le TF, tout comme l'instance précédente, rappellent à juste titre que l'article 34 LACI prévoit de tenir compte de tels éléments dans le cadre du calcul de l'indemnité RHT, indépendamment que la personne assurée soit payée au mois ou à l'heure. En procédure ordinaire, ce principe est respecté puisque les directives fédérales du SECO, qui concrétisent l'article 34 LACI, prévoient précisément de tenir compte des vacances et des jours fériés dans un cas comme dans l'autre, sans créer de disparités. Nous voyons ainsi mal pour quelle raison il faudrait interpréter différemment l'article 34 alinéa 2 LACI selon qu'il s'agit d'une procédure de décompte ordinaire ou sommaire, d'autant moins si cela défavorise un certain nombre d'employeurs.

Par ailleurs et plus largement, en procédant de la sorte, la pratique de l'AC contrevient aux principes constitutionnels de légalité et d'égalité de traitement entre personnes assurées. Le TF insiste dans ce cadre que l'article 8i O COVID-19 assurance-chômage ne constitue certainement pas une base légale suffisante pour déroger à l'article 34 LACI et encore moins pour créer une différence de traitement entre personnes assurées, respectivement entre employeurs.

Dans le prolongement de ce qui précède, force est d'admettre que la logique suivie jusqu'ici par les autorités de l'AC discrédite, dans une certaine mesure, la protection légale de la santé au travail. Plus particulièrement, en ne tenant compte des indemnités de vacances dans le calcul de l'indemnité RHT que si ces premières ont effectivement été versées, cela défavorise toutes les personnes salariées qui ont décidé de prendre leurs vacances en nature. Cette pratique les inciterait ainsi à renoncer à leurs vacances autant que possible, pour prétendre à une indemnisation de l'AC plus élevée, au détriment de leur santé. Aussi, cela pénaliserait une grande partie des employeurs qui ont choisi de rémunérer au mois les personnes employées, sachant que les indemnités de vacances proprement dites sont souvent versées aux personnes payées à l'heure, quand bien même ils offrent de manière générale des rapports de travail plus stables.

Désormais, la situation est claire : en procédure de décompte sommaire, une part du salaire afférente aux vacances et aux jours fériés doit être prise en compte dans le calcul de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail des personnes employées percevant un salaire mensuel. Le SECO a créé les bases nécessaires afin que les caisses de chômage puissent verser les indemnités en cas de RHT conformément à l'arrêt du TF dès janvier 2022. Il a notamment adapté le formulaire de décompte pour l'indemnité en cas de RHT de telle sorte que les entreprises peuvent répartir leurs collaborateurs en employés payés au mois et en

employés payés à l'heure<sup>12</sup>. Il sera alors intéressant de déterminer la manière dont seront traitées les procédures de décompte des années 2020 et 2021.

En guise de conclusion, il est important de rappeler que si cet arrêt marque de manière significative la procédure de décompte sommaire de l'indemnité en cas de RHT, en ce sens qu'il faut désormais tenir compte des vacances et des jours fériés pour les employées payées au mois, il n'y a toujours aucun droit à l'indemnité durant la prise de vacances et les jours fériés.

---

<sup>12</sup> Communiqué de presse du SECO du 27.01.2022 (consultable en ligne : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2022.msg-id-86941.html>).