

Tribunal fédéral – TF 8C_322, 325 et 328/2022

IV^e Cour de droit public
Arrêts du 30 janvier 2023

Résumé et analyse

Proposition de citation :

MELI MARCO, Le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour le personnel du service public. Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 8C_322, 325 et 328/2022, Newsletter rcassurances.ch avril 2023

Newsletter avril 2023

Assurance-chômage,
indemnité en cas de
réduction de l'horaire de
travail, personnel du
service public

Art. 31 et 32 LACI

unine[®]
Université de Neuchâtel
Faculté de droit



LE DROIT À L'INDEMNITÉ EN CAS DE RÉDUCTION DE L'HORAIRE DE TRAVAIL POUR LE PERSONNEL DU SERVICE PUBLIC

Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 8C_322, 325 et 328/2022 du 30 janvier 2023

MARCO MELI

I. Objet de l'arrêt

Les arrêts du Tribunal fédéral 8C_322, 325 et 328/2022 du 30 janvier 2023 traitent de la même affaire. Ils concernent le droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail d'une société anonyme de droit privé active dans le domaine du transport public de personnes. Comme elle fournit des prestations publiques, elle reçoit des subventions de la Confédération, du canton de Vaud et des communes. Il s'agit alors de déterminer son droit à la RHT sur la base des règles particulières qui s'appliquent au personnel du service public. Plus particulièrement, il convient d'évaluer si l'entreprise supporte, pour les secteurs d'exploitation concernés, un risque économique propre et s'il existe un risque de licenciements à court terme.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

La société anonyme A. SA (ci-après : la société) est une société anonyme de droit privé active dans le domaine du transport public de personnes. Entre le 27 et le 31 mars 2020, la société dépose trois préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT), dans lesquels elle demande des indemnités pour 78, respectivement 405 et 88 personnes employées dès le mois d'avril 2020. La perte de travail est évaluée, selon les décomptes, à 50 %¹, 21,10 %² et 40 %³. Cette perte de travail est causée par les mesures extraordinaires prises par le Conseil fédéral pour

¹ Arrêt du TF 8C_322/2022 du 30 janvier 2023. Le préavis concerne 78 employé(e)s.

² Arrêt du TF 8C_325/2022 du 30 janvier 2023. Le préavis concerne 405 employé(e)s.

³ Arrêt du TF 8C_328/2022 du 30 janvier 2023. Le préavis concerne 88 employé(e)s.

endiguer la pandémie du nouveau coronavirus. Elles ont entraîné une baisse de l'utilisation des transports publics, à tel point que la société a dû réduire ses horaires de travail.

Le Service de l'emploi compétent a refusé ses demandes d'indemnisation le 11 juin 2020. Saisi d'une opposition, ce même service a confirmé sa décision de refus, par décision du 5 février 2021. L'affaire a ensuite été portée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud qui a, elle aussi, rejeté le recours.

La société forme un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Elle conclut à sa réforme et souhaite faire reconnaître son droit à l'indemnité. Elle conclut subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'instance inférieure. L'autorité primaire conclut au rejet du recours.

B. Le droit

1. Les généralités

L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) est une prestation de l'assurance-chômage qui vise à prévenir les situations de chômage. Elle permet aux entreprises de surmonter des difficultés économiques passagères, de préserver des emplois et d'éviter des licenciements à court terme. Les conditions du droit à l'indemnité RHT sont consacrées aux art. 31 ss de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité⁴.

Selon l'art. 31 al. 1 LACI, les travailleuses et les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque : elles et ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a) ; la perte de travail est prise en considération (let. b) ; le congé n'a pas été donné (let. c) ; 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 ; consid. 4.1).

2. La prise en considération de la perte de travail

L'art. 32 let. a et b LACI précise que la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique, est inévitable et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleuses et les travailleurs de l'entreprise. Pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances non imputables à l'employeur (art. 32 al. 3, 1^{re} phrase, LACI). Le Conseil fédéral a ainsi notamment prévu à l'art. 51 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité⁵ que les pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, ou qui sont dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, sont prises en considération lorsque l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou faire répondre un tiers du dommage.

⁴ LACI ; RS 837.0.

⁵ OACI ; RS 837.02.

Dans le cas qui nous concerne, les mesures extraordinaires prises par la Confédération pour endiguer la situation épidémiologique due au Covid-19⁶ ont eu une incidence massive sur les transports publics. Le Conseil fédéral avait notamment recommandé à la population de rester à la maison et de limiter autant que possible ses déplacements. Selon le message du Conseil fédéral du 12 août 2020 concernant la loi urgente sur le soutien des transports publics durant la crise du Covid-19, la demande en offres de transports publics avait subi une baisse allant jusqu'à 80 % (consid. 4.1)⁷. On reconnaît donc, sur le principe, que les mesures d'endiguement du Conseil fédéral et leurs conséquences constituent un motif d'indemnisation en cas de RHT⁸.

3. La perte de travail du personnel du service public

L'indemnité en cas de RHT peut aussi être versée au personnel du service public ou aux entreprises privées qui sont investies d'une tâche publique et qui sont subventionnées par la Confédération, les cantons ou les communes. Cette catégorie de personnel a cependant un accès limité à l'indemnité ; elle doit remplir deux conditions particulières, en plus des conditions usuelles des art. 31 ss LACI. Il faut que les coûts d'exploitations ne soient pas entièrement couverts par les deniers publics et qu'il existe un risque concret de procéder à des licenciements à brève échéance (consid. 4.2.1 et 4.2.2). Pour évaluer la condition relative au risque économique, le Tribunal fédéral distingue la réglementation en matière de transport public régional de voyageurs de celle applicable en matière de transports urbains (consid. 5.1 et 5.2). Dans le premier de ces secteurs, la subvention prend en charge les coûts planifiés. En cas d'écart entre les coûts planifiés et les coûts effectifs, le solde est à la charge du prestataire, *in casu* la recourante. La subvention ne couvre donc pas nécessairement l'intégralité de la perte des recettes (consid. 7.1). Pour ce qui est de la deuxième condition supplémentaire, la Cour cantonale n'a pas tranché cette question (consid. 7.2).

Les arrêts du Tribunal fédéral 8C_322,325 et 328/2022 nous rappellent justement qu'il ne faut pas d'emblée exclure le droit à l'indemnité au personnel des services publics ou des entreprises qui sont financées par la Confédération, les cantons ou les communes. Il est possible, dans un cas concret, qu'il soit exposé aux mêmes risques que le personnel de toute autre entreprise privée et qu'il remplisse les conditions du droit à l'indemnité.

III. Analyse

La présente analyse porte sur le droit à l'indemnité RHT du personnel du service public. Comme il est rappelé ci-dessus, le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail consiste globalement à prévenir des situations de chômage. Cela signifie qu'en introduisant le mécanisme de la RHT, il doit permettre à l'entreprise requérante de préserver des emplois et d'éviter des licenciements à court terme.

⁶ Le Seco a rédigé des directives destinées à préciser les conditions d'octroi des prestations de l'assurance-chômage dans ce contexte.

⁷ FF 2020 6493, p. 6498.

⁸ Pour un aperçu des adaptations en matière de RHT à la suite de la crise liée à la propagation du Covid-19, voir BRAUNSCHEIDT SCHEIDEGGER SARAH, DANDRES CHRISTIAN, *L'indemnité pour réduction de l'horaire de travail à l'épreuve du COVID-19*, in : Pétremand Sylvie (édit.), *Assurances sociales et pandémie de Covid-19*, Berne 2021, pp. 147-180.

De manière générale, le risque (à brève échéance) de disparition d'emplois concerne uniquement les entreprises qui financent la fourniture de prestations exclusivement avec les revenus perçus ou avec des fonds privés⁹. Avec des problèmes de liquidités, de dépenses supplémentaires ou en raison des pertes temporaires du nombre de demandes, ces entreprises privées ne pourront pas mener à bien leur mandat et devront se détacher de travailleuses ou de travailleurs pour diminuer les coûts d'exploitation et pour éviter la faillite, même si les difficultés économiques ne sont que passagères. En cela, elles supportent un risque entrepreneurial. Cette réglementation exclut aussi le droit à l'indemnité RHT des entreprises organisées en association ou en coopérative, qui fournissent des biens ou des services mais qui ne se financent pas par les droits qu'elles reçoivent en retour (par exemple par le produit des ventes ou des droits d'entrée). On peut par exemple imaginer qu'elles se financent par les cotisations des membres. Ces dernières ne subissent pas de perte de travail à prendre en considération et n'ont pas droit à la RHT¹⁰. Le statut de l'employeur est donc également important dans l'analyse du droit à la RHT.

Pour les entreprises qui fournissent des prestations publiques, elles doivent accomplir une tâche déterminée et une crise économique passagère n'est en principe pas en mesure de la remettre en cause. En cas de pertes financières, le déficit est généralement couvert par des moyens publics, par exemple par l'impôt ou par des subventions. Le cas échéant, il n'existe à l'évidence pas de risque que l'entreprise concernée doive fermer ses portes et procéder, dans l'immédiat, à des licenciements. Si l'entreprise ne court aucun risque d'exploitation, elle n'a pas de droit à l'indemnité. La RHT serait en effet accordée de manière contraire à son but, puisqu'elle servirait seulement à répercuter les charges salariales sur le fonds de l'assurance-chômage.

Cependant, compte tenu des formes multiples de l'action étatique, il n'est pas possible d'exclure d'emblée le personnel des services publics du droit à l'indemnité en cas de RHT. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si, par l'allocation de l'indemnité en cas de RHT, des licenciements peuvent être évités¹¹. Cela peut concerner tout ou partie des secteurs d'exploitation de l'entreprise. Prenons l'exemple d'une entreprise de transports, elle peut comprendre à la fois un secteur pour lequel elle a droit à l'indemnité¹² et un secteur pour lequel il n'existe pas de droit¹³. Globalement, pour le personnel du service public, le droit à l'indemnité est limité. Il faut examiner au cas par cas si l'introduction d'une RHT permet d'atteindre son but et évaluer les deux conditions supplémentaires mentionnées ci-dessus, en plus des conditions usuelles des art. 31 et 32 LACI. Une indemnité ne peut être accordée que si les coûts d'exploitation de l'entreprise ne sont pas entièrement couverts par les subventions publiques et s'il existe, au regard de la réglementation applicable au personnel¹⁴, un risque

⁹ Pour le point de savoir si la RHT permet de maintenir des emplois, cf RUBIN BORIS, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Genève/Zurich/Bâle 2014, art. 31 N 27-28 ; ATF 111 V 379, consid. 2b ; DTA 1999 p. 48, consid. 4b. En ce qui concerne le caractère temporaire de la perte de travail, cf ATF 121 V 373, consid. 2a.

¹⁰ A ce propos, cf bulletin LACI RHT du Seco, D41 et D42.

¹¹ Cette question avait déjà fait l'objet d'un arrêt du TF du 28 juin 1995 (ATF 121 V 362).

¹² Par exemple si l'entreprise fournit du transport de tourisme, financé exclusivement par les droits qu'elle reçoit en retour.

¹³ Par exemple si l'entreprise est subventionnée pour assurer le transport public régional de voyageurs et que la subvention couvre l'intégralité de la perte éventuelle de recettes.

¹⁴ Il peut par exemple s'agir des règlements du personnel, des contrats de travail, des mandats de prestations, des concessions, des conventions collectives de travail, etc.

concret de licenciement à court terme. Ces deux conditions sont cumulatives et il appartient à l'entreprise requérante de les justifier, en apportant les documents appropriés¹⁵.

Dans les arrêts 8C_322, 325 et 328/2022, qui concernent la même affaire, on s'interroge sur le droit à l'indemnité du personnel d'une entreprise de transports publics, qui reçoit une subvention publique et qui est affectée par une réduction de l'horaire de travail.

Les éléments indiqués par la recourante portent à croire qu'il existe un risque concret et immédiat de disparition d'emplois et rendent plausible le fait qu'une partie des coûts d'exploitation de l'entreprise ne sont pas entièrement couverts par les subventions. Plus largement, elle rend vraisemblable qu'elle assume, pour une partie de l'entreprise du moins, un risque entrepreneurial au même titre qu'une autre entreprise privée. Elle a notamment démontré, pour ce qui a trait au secteur du transport public régional de voyageurs, que la subvention était plafonnée et ne prenait pas en considération le déficit effectif. En effet, en cas d'écart entre les coûts planifiés et les coûts effectifs, la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyages¹⁶ prévoit que la part non couverte est indemnisée par la Confédération et les cantons à hauteur de 50 %, le solde étant à la charge du prestataire, *in casu* la recourante¹⁷. En revanche, en matière de transports urbains, le déficit est intégralement pris en charge par le canton et les communes¹⁸.

En ce qui concerne les possibilités concrètes de procéder à des licenciements, la Cour cantonale est restée muette sur cette question ; elle n'a pas examiné la réglementation applicable au personnel. La recourante a cependant démontré qu'elle engageait son personnel par contrats de droit privé régis par une convention collective cadre qui n'excluait pas les licenciements pour motif économique. Par ailleurs, lorsqu'elle a eu recours à la RHT, elle avait réduit son offre de services et ne pouvait plus occuper le personnel concerné. Selon elle, le risque de disparition d'emplois était bien réel. Comme cette question n'est pas tranchée, elle reste pour l'heure indécise.

En définitive, le Tribunal fédéral retient que la Cour cantonale a violé le droit en niant le droit à l'indemnité RHT de la recourante en n'examinant pas la question de la couverture des coûts d'exploitation, ni la possibilité de procéder à des licenciements à brève échéance. La cause lui est donc renvoyée pour qu'elle statue dans le sens des considérants.

¹⁵ Sur la question de l'appréciation des preuves, cf ATF 126 V 353, consid. 5b ; 125 V 193, consid. 2 ; 130 III 321, consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 319, consid. 5a ; 115 V 113 consid. 3d.

¹⁶ LTV ; RS 745.1.

¹⁷ Cf art. 30 al. 1 LTV.

¹⁸ En l'espèce, la Cour cantonale et le Tribunal fédéral ont distingué la réglementation en matière de transport public régional de voyageurs de celle applicable en matière de transports urbains.