

S1 21 231

S3 21 89

JUGEMENT DU 30 AOÛT 2022

Tribunal cantonal du Valais Cour des assurances sociales

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Garance Klay, greffière

en la cause

X _____ SÀRL, 1950 Sion, recourante, représentée par Maître Dominique Favre, avocat, 1950 Sion

contre

SERVICE DE L'INDUSTRIE, DU COMMERCE ET DU TRAVAIL (SICT), 1951 Sion, intimé

(droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en relation avec la pandémie COVID-19 ; demande d'octroi de l'effet suspensif inopérante dans le cadre d'une décision négative)

Faits

A. X _____ Sàrl, à Sion, est une société fondée en octobre 2009 ayant pour but l'exploitation d'un centre de bien-être par des soins appropriés et des exercices physiques adaptés, par l'entraînement et le coaching de personnes désireuses d'amélioration leur condition physique, la qualité de leur alimentation et de leur vie quotidienne.

Dans le contexte du Covid-19, X _____ Sàrl a été mis au bénéfice de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) depuis le mois de mars 2020.

Dans un préavis du 31 août 2021, X _____, a requis une prolongation de l'indemnité RHT auprès du Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT) pour tous les employés de son entreprise, à avoir 13 personnes en contrat de travail à durée indéterminée et un apprenti, soit 14 personnes. La durée probable de la prolongation de la réduction de l'horaire était annoncée du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021, à un taux de 30% (pièce 1 du dossier du SICT).

X _____ a alors mentionné ce qui suit : « le carnet de commande n'évolue pas, il a un rythme linéaire depuis 3 mois et on ne s'attend pas à des évolutions fortes. La raison est que nous sommes un service lié à la personne, toujours dans l'appréhension du Covid-19 et dicté par les normes de l'OFSP. Tant que la menace plane, notre carnet de commande ne peut pas évoluer ». Le chiffre d'affaire mensuel des deux dernières années n'a pas pu être fourni car il était encore « en cours de finalisation », un complément à cette question était en cours et serait transmis le lendemain. L'état du carnet de commande n'a également pas pu être remis car X _____ ne fonctionnait pas à la commande. X _____ a précisé : « lors de deux dernières années, au même mois, nous avons des mois forts à plus de 80 000 fr. de chiffre d'affaires. Notre activité est pénalisée et la situation la rend pénalisante, car il existe beaucoup d'appréhension à l'idée de fréquenter des services à la personne ». S'agissant du développement probable dans les quatre prochains mois, X _____ se disait globalement pessimiste. Une indemnité RHT était motivée par la « perte du chiffre d'affaire, perte de clientèle et volonté de soutenir nos employés et les maintenir en place malgré le peu de travail qu'il y a à faire ». Les mesures prises pour limiter la réduction de l'horaire étaient les suivantes : « visibilité, marketing, cours en ligne, développement du site internet afin de pouvoir rassurer les gens et les faire revenir ». X _____ a ajouté avoir perdu

certains marchés comme les cours collectifs, les cours de yoga, de cross training, faute de participation, ce qui représentait un manque à gagner (pièce 1 du dossier du SICT).

Par décision du 9 septembre 2021, le SICT a refusé de donner suite favorablement à cette nouvelle demande de RHT au motif que les activités en lien avec l'esthétique (onglerie, coiffure...) avaient pu reprendre le 27 avril 2020 déjà et qu'à son avis, celles en lien avec le sport ne connaissaient plus de restriction (outre le respect des plans de protection) depuis le 26 juin 2021. Il a relevé que, sur son site, ladite entreprise avait fait état de la reprise de ses activités ainsi que de son plan de protection. Le SICT estimait que la baisse de fréquentation et de clientèle s'apparentait bien plutôt à un changement des habitudes qu'à une conséquence directe de la pandémie (pièce 2 du dossier du SICT)

Le 24 septembre 2021 (date du timbre postal), X _____, représentée par A _____ SA, B _____ à C _____, a formé opposition contre cette décision. La Sàrl a relevé que la distanciation sociale toujours recommandée diminuait grandement l'espace de travail pour le coaching personnel. Une partie de la clientèle craignait toujours une contamination dans les espaces intérieurs et renonçait encore à reprendre les cours, ce qui constituait une diminution de l'activité due à la pandémie. Par ailleurs, selon X _____, l'obligation de présenter désormais un certificat Covid-19 pour les activités dans les instituts de coaching et de fitness avait entraîné une diminution brutale de la clientèle, ce d'autant plus que la tranche d'âge de la clientèle se situait majoritairement dans celle des personnes non encore vaccinées, respectivement opposées au vaccin. Il s'agissait ainsi d'une perte extraordinaire s'étendant sur une durée indéterminée. X _____ a dès lors conclu à l'octroi de nouvelles RHT pour la période du 1^{er} septembre 2021 à fin décembre 2021 (pièce 3 du dossier du SICT)

Le SICT a accusé réception de cette opposition et a avisé X _____ que, si la réduction de l'horaire de travail devait être poursuivie au-delà du 31 décembre 2021, il devait requérir un nouveau préavis de RHT 10 jours avant cette échéance (pièce 4 du dossier du SICT).

L'opposition a été écartée par décision sur opposition du 1^{er} octobre 2021. Le SICT a relevé que X _____ n'avait aucunement apporté la preuve d'une baisse de travail, ni dans son préavis du 31 août 2021, ni dans son opposition du 24 septembre suivant ; il a estimé qu'en se référant uniquement à une diminution de sa clientèle, X _____ n'avait pas rempli cette exigence. S'agissant du certificat Covid-19, il a rappelé que le canton du Valais avait permis aux personnes à risque de se faire vacciner dès

janvier 2021 et avait ouvert la vaccination à toutes les personnes de plus de 16 ans dès avril 2021, la progression des personnes vaccinées tout comme les mesures d'hygiène adoptées par les instituts de soins et de fitness ayant permis de considérer les éventuelles pertes de travail pour la période concernée par la demande de l'entreprise comme un risque normal d'exploitation. L'introduction du certificat Covid-19 visait à protéger les clients et à garantir leur sécurité sanitaire dans les locaux de X _____ et, au contraire de ce prétendait X _____, permettait justement un retour d'une partie de sa clientèle. En outre, à l'examen des chiffres d'affaires fournis par l'entreprise, le SICT constatait que, pour les mois de mars 2021, avril 2021, mai 2021 et juin 2021, les recettes étaient supérieures à celles de l'année 2020 pour la même période et que la moyenne du mois de juin pour les années 2019 (44 750 fr. 47), 2020 (46 318 fr. 60) et 2021 (42 326 fr. 74) était constante, ce qui démontrait à son sens que l'activité avait repris et était pratiquement équivalente à celle qui prévalait avant la pandémie de COVID-19. Les chiffres d'affaires des mois de juillet 2021, août 2021 et septembre 2021 n'étant alors pas connus, il n'était pas possible d'analyser avec précision les variations pour cette période. Le SICT a encore relevé que, selon le site internet de X _____, une grille de cours collectifs et diverses activités de coaching individuel étaient proposées et X _____ recherchait alors du personnel, soit des physiothérapeutes et des ostéopathes, ce qui démontrait également une reprise de ses activités. Par ailleurs, certains employés avaient une autre activité professionnelle, n'étant disponibles auprès de X _____ que de manière partielle. Le SICT a conclu qu'au vu du contexte prévalant alors, une éventuelle baisse de la clientèle ne pouvait plus être attribuée aux conséquences de la pandémie, mais résultait davantage d'autres raisons, comme notamment du changement d'habitude des clients et de la concurrence avec d'autres instituts/fitness. Finalement, on pouvait attendre d'une entreprise au bénéfice de RHT de mars 2020 à août 2021 qu'elle entreprenne des démarches pour se créer une nouvelle clientèle, voire se diversifie.

B. X _____, représentée par Me Dominique Favre, avocat et associé de X _____, a interjeté recours céans par écriture du 29 octobre 2021 (date du timbre postal). En substance, il a repris les griefs de l'opposition en exprimant que la pandémie, la distanciation sociale et l'introduction du certificat COVID-19 avaient provoqué une nette diminution de l'activité de X _____, légitimant de ce fait la demande de RHT. Il en voulait pour preuve les variations du chiffre d'affaires dans tous les domaines de X _____ pour les années 2019 à 2021, variations ressortant des pièces jointes à son recours. La recourante a précisé chercher à sous-louer ses locaux à des physiothérapeutes et ostéopathes « indépendants » (rem. souligné dans le texte) ;

par ailleurs, il proposait désormais une grille de cours collectifs et diverses activités de coaching individuel afin d'occuper son personnel en variant ses activités. Il a souligné que tous les fitness et instituts de beauté du canton avaient souffert de la pandémie et de la réaction de leurs clients potentiels. En outre, il a rappelé que le SICT avait admis l'allocation de RHT depuis mars 2020, de sorte que son présent refus n'était pas compréhensible, la situation étant similaire, voire même pire. La recourante a conclu à l'annulation de la décision entreprise et à ce que le dossier soit renvoyé au SICT pour nouvelle décision dans le sens des considérants, sous suite de frais et dépens. Elle a par ailleurs requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours, incident ouvert sous la cause S3 21 89, laquelle sera traitée à la fin du présent jugement au vu de son caractère manifestement infondé.

Le 16 novembre 2021, le mandataire de la recourante a transmis au Tribunal un article paru dans le journal « Libre » (cf. en ligne sur https://www.prospectus-partout.ch/epaper/libres_2021-10_FR/#0), publié par l'association Moment ! dans le contexte de votation sur la loi Covid-19 du 29 novembre 2021 ; cet article rapportait en page 16 une interview de la propriétaire d'une chaîne de fitness zurichoise, David gym, s'étant battue contre l'exigence du certificat Covid-19 dans les fitness (cf. article du Blick du 6 septembre 2021) et ayant indiqué qu'en septembre/octobre 2021, elle avait perdu au moins un tiers de ses membres, lesquels n'étaient pas revenus, ayant notamment pris l'habitude de s'entraîner dehors. Elle a relevé que beaucoup de personnes sportives et en bonne santé ne voulaient pas se faire vacciner ; avec l'introduction du certificat Covid-19, elle disait avoir noté une diminution de la fréquentation de plus de 50% dans ses trois fitness.

Par réponse du 15 décembre 2021, le SICT a conclu au rejet du recours au motif que la recourante s'était limitée à se référer à une diminution de sa clientèle en raison des mesures sanitaires toujours sans apporter la preuve d'une perte de travail avérée en lien avec la pandémie. Le SICT a noté que les chiffres d'affaires des mois de juillet 2021 (40 248 fr. 85) et août 2021 (45 033 fr. 93) demeuraient supérieurs à ceux des mêmes périodes pour l'année 2020 (39 491 fr. 97 et 39 944 fr. 48). Le mois de septembre 2021 (44 362 fr. 12) accusait un léger recul des recettes par rapport à l'année précédente (47 955 fr. 93), mais le résultat du mois d'octobre 2021 (37 442 fr. 44) était à nouveau supérieur à celui d'octobre 2020 (34 390 fr. 90). Le SICT estimait par ailleurs qu'il ne ressortait nullement du dossier qu'il y avait un lien direct entre la baisse de fréquentation et les mesures sanitaires prises par les autorités en lien avec la pandémie. D'autres facteurs pouvaient expliquer la baisse de clientèle ; d'une part les changements

d'habitudes des clients notamment pour le sport et le fitness (pendant les mois de fermeture, il y avait pris l'habitude de s'entraîner à domicile, à recourir à du coaching privé...), d'autre part la concurrence était forte avec les nombreux établissements de la région. Or, ce n'était pas à l'assurance-chômage de compenser ces risques d'exploitation normal dans un secteur évolutif.

La recourante n'ayant pas souhaité répliquer, l'échange d'écritures a été clos le 11 février 2022.

Considérant en droit

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI ; RS 837.0), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA.

Posté le 29 octobre 2021, le présent recours dirigé contre la décision sur opposition du 1^{er} octobre 2021 a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a al. 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à l'indemnité pour RHT du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021.

2.1.1 Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss ; Bulletin LACI RHT/A1 et A2). La RHT vise à prévenir le chômage et à maintenir les emplois. Son but sert autant les intérêts des travailleurs que ceux des employeurs, puisqu'elle offre aux entreprises la possibilité de surmonter des fléchissements économiques en conservant leur entière capacité de production.

Si les bénéficiaires sont les travailleurs, l'indemnité en cas de RHT est versée à l'employeur (Bulletin LACI RHT/J2). L'autorité cantonale compétente notifie sa décision à l'employeur et au SECO (Bulletin LACI RHT/G17), lesquels peuvent s'opposer à la décision de l'autorité dans un délai de 30 jours (Bulletin LACI RHT/G19).

Pratiquement, pour obtenir une indemnité, l'employeur doit communiquer un préavis de RHT à l'autorité cantonale compétente (art. 36 al. 1 et 85 LACI), à savoir celle du canton dans lequel l'entreprise est établie (Bulletin LACI RHT/G2 ; cf. Info-Service Assurance-chômage, L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, information aux employeurs, chiffre 10). En Valais, l'office du travail compétent est le Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT).

2.1.2 Selon l'article 31 alinéa 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 lorsque :

- a. 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 ;
- b. la perte de travail doit être prise en considération (art. 32) ;
- c. le congé n'a pas été donné;
- d. 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.

En principe, tous les travailleurs touchés par la RHT ont droit à l'indemnité, à condition qu'ils soient soumis à l'obligation de cotiser à l'assurance-chômage ou s'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum requis pour cotiser à l'AVS. Est donc déterminante la notion de travailleur au sens de la législation sur l'AVS. Les travailleurs étrangers ont dès lors également droit à l'indemnité indépendamment de leur lieu de domicile et de leur statut de séjour. Ainsi, les frontaliers étrangers, par exemple, ont droit à l'indemnité en cas de RHT dès le premier jour où ils exercent une activité soumise aux cotisations de l'assurance-chômage et s'ils remplissent les autres conditions du droit à l'indemnité (Bulletin LACI RHT/B24).

Conformément à l'alinéa 3, n'ont pas droit à l'indemnité :

- a. les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable ;
- b. le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ;

- c. les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

En raison de l'épidémie de coronavirus (ci-après : COVID-19) qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a prévu différents allègements et certaines modifications de la procédure ordinaire de RHT pour tenter de la simplifier et d'accélérer l'indemnisation. Il a notamment élargi le cercle des bénéficiaires au conjoint ou au partenaire enregistré de l'employeur ainsi qu'aux personnes fixant les décisions prises par l'employeur jusqu'à la fin mai 2020 uniquement et il a supprimé le délai d'attente et de préavis (ordonnance COVID-19 assurance-chômage du 20 mars 2020, état au 9 avril 2020).

Un employeur peut bénéficier d'une indemnité RHT à cause du COVID-19 lorsque l'activité des employés de l'entreprise est suspendue ou réduite en raison des mesures prises par les autorités ou d'autres circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur, ou pour des raisons économiques ou conjoncturelles (p.ex. baisse du carnet de commandes ou du chiffre d'affaires). Il faut en outre que toutes les conditions suivantes soient remplies :

- le rapport de travail ne doit pas avoir été résilié (art. 31 al. 1 let. c LACI) ;
- la perte de travail est vraisemblablement temporaire et on peut s'attendre à ce que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail permette de maintenir les emplois (art. 31 al. 1 let. d LACI) ;
- l'horaire de travail est contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI) ;
- la perte de travail constitue au moins 10% de l'ensemble des heures de travail normalement effectuées par les travailleurs au cours de la période pour laquelle le décompte est établi (art. 32 al. 1 let. b LACI) ;
- la perte de travail n'est pas imputable à des circonstances qui relèvent du risque normal d'exploitation (art. 33 al. 1 let. a LACI) ;
- les employés concernés consentent à cette mesure (dès lors qu'ils renoncent à une partie de leur salaire).

L'une des conditions du droit à l'indemnité pour RHT est donc que l'horaire de travail soit suffisamment contrôlable. Pour ce faire, il est indispensable que l'employeur dispose d'un système d'enregistrement du temps de travail ou instaure un contrôle

(par ex. carte de timbrage, rapport sur les heures ; Bulletin LACI RHT/B34). Il est impossible de déterminer la perte de travail si l'horaire de travail normal ne peut être établi de manière fiable parce qu'aucun accord contractuel concernant le travail à fournir n'a été conclu entre l'employeur et le travailleur (Bulletin LACI RHT/B30). N'est pas suffisamment contrôlable l'horaire de travail des personnes qui exercent leur activité principalement à l'étranger pour le compte d'une entreprise sise en Suisse (Bulletin LACI RHT/B32).

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, 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 (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). 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).

La perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'exploitation de l'entreprise, par exemple des 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. Font partie des risques normaux d'exploitation les pertes de travail habituelles qui se produisent régulièrement ou de manière répétée et qui, par conséquent, sont prévisibles et peuvent être chiffrées à l'avance (Bulletin LACI, RHT, rubr. D2).

Les risques « normaux » d'exploitation ne peuvent, selon la jurisprudence, être fixés dans une échelle applicable à toutes les entreprises. Ils doivent au contraire être déterminés au cas par cas sur la base de l'activité spécifique de l'entreprise et des circonstances qui lui sont propres. Des pertes de travail susceptibles d'intervenir dans chaque entreprise sont considérées comme risques normaux d'exploitation, tandis qu'une perte de travail exceptionnelle pour l'entreprise sera prise en considération. Une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise. Les pertes de travail régulières et récurrentes sont ainsi exclues de l'indemnisation en cas de RHT, car elles sont prévisibles et peuvent être chiffrées à l'avance. Une perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des circonstances exceptionnelles (Bulletin LACI, RHT, rubr. D3 et D7).

Les pertes de travail au sens de l'article 51 OACI 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 (cf. art. 51 al. 1 OACI ; Rubin, op. cit, n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], état au 1er janvier 2021, C3 et C4).

La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des articles 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'article 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, lorsqu'en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'article 51 alinéa 1 OACI, l'une des conditions de l'article 33 LACI est réalisée, par exemple en présence d'un risque normal d'exploitation, l'indemnisation est exclue (Rubin, op. cit., n. 18 ad art. 32 LACI et n. 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'article 33 alinéa 1 lettre 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 RHT. 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 ; cf. aussi Rubin, op. cit, n. 10 ad art. 33 LACI et les références citées).

Les pertes de travail liées 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, ne sont pas indemnifiables. Dans le

domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. 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 (cf. Rubin, op. cit., n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

Selon la directive du SECO 2020/15 du 30 octobre 2020, sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », du fait de sa soudaineté, de son ampleur et de sa gravité, une pandémie n'est pas un risque normal d'exploitation à la charge de l'employeur, au sens de l'article 33 alinéa 1 lettre a LACI même si dans certaines circonstances elle est susceptible de toucher tout employeur. Les pertes de travail résultant d'un recul de la demande de biens et de services pour ce motif peuvent dès lors être pris en considération en application de l'art. 32 al. 1 let. a LACI. Toutefois, l'employeur doit démontrer de manière crédible que les interruptions de travail attendues dans son entreprise sont attribuables à l'apparition de la pandémie. Il ne suffit pas simplement de mentionner la pandémie comme justification (ch. 2.2).

Le 20 janvier 2021, le SECO a édicté la directive 2021/01 sur l'actualisation « des règles spéciales dues à la pandémie », laquelle remplace la directive 2020/15 du 30 octobre 2020. Il ressort en particulier du chiffre 2.5 que l'activité doit reprendre dès que cela est possible. Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage. Toutefois, le droit à l'indemnité en cas de RHT peut être maintenu, notamment lorsque l'entreprise ne peut mettre au travail qu'une partie de ses employés pour des motifs économiques. La perte à prendre en considération est imputable aux conséquences économiques de la pandémie. Le droit à l'indemnité en cas de RHT existe donc, si les autres conditions du droit à l'indemnité sont réalisées.

2.2.1 En l'espèce, la recourante exploite une entreprise comportant plusieurs domaines : des secteurs sport-fitness, beauté-détente, physio-ostéo et un secteur nutrition-diététique. Des RHT ont été accordées par le SICT de mars 2020 au 31 août 2021 ; durant cette période, il a été admis que les mesures mises en œuvre en lien avec la pandémie avaient induit des diminutions des activités de la société. Une RHT est par contre niée dès le 1^{er} septembre 2021 ; le SICT a ainsi considéré que dès cette date, la recourante n'avait plus rendu plausible que les diminutions de travail attendues dans son

entreprise étaient encore attribuables à la pandémie, respectivement n'avait pas mis en œuvre des mesures pour réduire son dommage en se créant une nouvelle clientèle, voire en se diversifiant.

Le Tribunal doit dès lors examiner les restrictions mises en œuvre en raison de la pandémie et l'évolution de leurs effets établis sur les domaines d'activités de l'entreprise recourante durant la période litigieuse, soit du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021.

En amont, on rappellera que le 27 avril 2020, les prestataires proposant des services impliquant un contact physique comme les salons de coiffure, de massage, de tatouage et de beauté ont pu rouvrir moyennant la mise en place d'un plan de protection. Dès le 6 juin 2020, les fitness, piscines et centres de bien-être ont pu également ouvrir à nouveau, moyennant la mise en place d'un plan de protection (art. 6a, selon modification du 6 juin 2020).

Dès fin décembre 2020/début janvier 2021 les personnes à risque ont pu se faire vacciner, ce droit ayant été élargi au reste de la population dès avril 2021. Après une période de durcissement des mesures de décembre 2020 à fin mai 2021 en lien avec la hausse des cas, les activités en lien avec le sport, les cours et le coaching sportif n'ont plus connu de restrictions dès le 26 juin 2021.

En août 2021, la RHT précédente arrivant à son terme, la recourante en a requis une nouvelle pour ses 14 employés pour la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2021. En septembre 2021, le Conseil fédéral a annoncé que le certificat Covid-19 serait obligatoire à partir du 13 septembre 2021 dans les salles de sports notamment pour toutes les personnes de plus de 16 ans. En novembre 2021, cela a été le début de la cinquième vague avec l'arrivée du variant Omicron ; dès le 17 décembre 2021, s'est imposée la règle des 2G (pour geimpft et genesen, c'est-à-dire vacciné ou guéri) ; pour toutes les activités où il n'était pas possible de porter le masque, la règle dite des «2G+» est également entrée en vigueur: la dernière dose de vaccin devait avoir été réalisée dans les quatre derniers mois (rappel : le certificat Covid-19 était déjà obligatoire dans les salles de sports depuis le 13 septembre 2021).

Il a fallu attendre le 16 février 2022, pour que le Conseil fédéral prononce la suppression de l'obligation du certificat sanitaire et retour à la quasi normalité, y compris la fin du port du masque en intérieur, hormis les transports publics et les établissements de santé. Dans un article du Nouvelliste du 16 février 2022, il a alors été rapporté que le secteur des fitness risquait de payer un lourd tribut à la pandémie ; même les entreprises saines avant la pandémie avaient dû creuser un trou énorme pour se maintenir à flot.

L'article produit par la recourante corrobore également ses propos selon lesquels la situation des fitness a été difficile avec les nouvelles restrictions introduites à l'automne 2021 (absence de certificat pour certains clients, refus de fréquentation par peur ou en raison de l'inconfort induit par le masque pour d'autres, distance difficile à respecter dans de petites salles, craintes quant au fait de contracter un abonnement difficilement remboursable en cas de nécessité...). De même dans un article du Nouvelliste du 21 septembre 2021, il était mentionné que le certificat Covid-19 avait induit une nette baisse de la fréquentation dans les fitness et centres sportifs, de sorte que certains gérants et propriétaires craignaient même pour leur avenir. L'introduction du certificat était doublement pénalisante selon certains tenanciers car leurs principaux clients étaient âgés de 20 à 40 ans, soit dans la tranche d'âge des personnes alors les moins vaccinées, propos également avancés par la recourante. Sept jours après l'instauration du certificat, certains parlaient d'une baisse de près de 50% de la clientèle alors que d'autres préféraient attendre que l'automne soit bien entamé pour évaluer « les dégâts », mais tous craignaient pour leur avenir.

Il est ainsi vraisemblable qu'à fin août, début septembre 2021, puis avec l'arrivée du variant Omicron, de nombreuses personnes aient continué à renoncer à se rendre dans les locaux de la recourante, que ce soit par crainte ou au motif qu'elles ne disposaient pas d'un certificat Covid-19. Le Tribunal constate dès lors que, pour la période litigieuse, soit du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021, on peut tenir pour vraisemblable que la recourante, en particulier son secteur sport-fitness, ait encore souffert d'une réduction de la clientèle liée à la pandémie. En particulier, depuis le 13 septembre 2021, il a fallu tenir compte de la nécessité de présenter un certificat Covid-19, puis dès le 17 décembre 2021, de la règle de la 2G voire 2G+, ce qui excluait la fréquentation pour les clients non vaccinés ou guéris.

Dans un tel contexte, il ne s'agissait ainsi pas d'une perte de clientèle relative à un risque normal d'exploitation, mais toujours de circonstances exceptionnelles s'étant en outre à nouveau péjorées dès septembre 2021. A la lumière de l'évolution des mesures Covid-19 entre septembre et décembre 2021, le Tribunal tient ainsi pour vraisemblable que le Covid-19 impactait toujours défavorablement la situation économique de la recourante, notamment quant à la fréquentation de son établissement et, partant, à l'occupation de son personnel durant la période litigieuse.

2.2.2 Afin d'évaluer l'impact du contexte Covid-19, il sied de comparer les derniers chiffres produits pour 2021 avec ceux prévalant en 2019 et non en 2020 comme l'a fait l'intimé, année déjà lourdement marquée par la pandémie. Or, le chiffre d'affaires a été

de 26 026 fr. 46 en août et de 28 822 fr. 66 en septembre et 22 795 fr. 74 en octobre 2021, soit une moyenne de 25 881 fr.62, alors qu'en 2019, le chiffre d'affaires dans ce secteur avait été de 37 580 fr. 97 en août, 29 262 fr. 02 en octobre et de 75 340 fr. 86 en septembre, ce qui faisait une moyenne de 47 394 fr. 61 montrant une baisse de l'ordre de 45% pour ce seul secteur. Si l'on considère tous les secteurs de l'entreprise, la situation de la recourante devant être appréciée dans sa globalité, le chiffre d'affaires sur ces trois mois a été de 45 033 fr. 93 en août 2021, 44 362 fr. 12 en septembre 2021 et 37 442 fr. 44 en octobre 2021, soit une moyenne de 42 279 fr. 49 pour cette période de 2021 contre 54 481 fr. 38 en août 2019, 52 552 fr. 27 en septembre 2019 et 95 403 fr. 87 en octobre 2019, soit une moyenne de 67 479 fr. 17 en 2019, ce qui montre une baisse du chiffre d'affaires tous secteurs confondus de l'ordre de 37%.

On se saurait dès lors retenir, comme l'a fait l'intimé, que dès septembre 2021, la situation de la recourante s'était manifestement améliorée. On ne peut en particulier tenir pour vraisemblable que, dès septembre 2021, il n'y avait plus eu d'impact des mesures Covid-19 alors même que la situation s'était à nouveau péjorée à l'automne 2021, que le Conseil fédéral avait décidé que le certificat Covid-19 serait obligatoire à partir du 13 septembre 2021 dans les salles de sports notamment pour toutes les personnes de plus de 16 ans et qu'en novembre 2021, avait débuté la cinquième vague avec l'arrivée du variant Omicron, justifiant, dès le 17 décembre 2021, la règle des 2G et même des «2G+» lorsqu'il n'était pas possible de porter le masque ; il est encore rappelé que le 26 novembre 2021, face à l'augmentation exponentielle des cas de Covid-19, le Conseil d'Etat valaisan avait rendu le port du masque obligatoire dès 12 ans dans les lieux clos accessibles au public, même avec un certificat Covid-19.

2.2.3 S'agissant finalement de l'obligation de réduire le dommage, le Tribunal relève que, dans son préavis du 31 août 2021, la société recourante a indiqué qu'afin de limiter la réduction de l'horaire de travail, elle avait mis en œuvre les mesures suivantes « visibilité, marketing, cours en ligne, développement du site internet afin de pouvoir rassurer les gens et les faire revenir ». Par la suite, elle a ajouté avoir cherché à collaborer avec des physiothérapeutes et des ostéopathes indépendants, à sous-louer ses locaux et avoir varié ses activités pour occuper son personnel, proposé une grille de cours collectifs et diverses activités de coaching individuel. L'article du Nouvelliste du 21 septembre 2021 susmentionné rapporte encore que X _____ avait développé une offre de coaching en extérieur afin d'atténuer la baisse de clientèle. Ces indications n'ont pas été contredites par l'intimé. On doit dès lors retenir que la recourante a pris des mesures pour réduire son dommage.

2.2.4 A la lumière de ces éléments, le Tribunal constate qu'il était encore légitime de requérir une RHT durant la période litigieuse afin de préserver les emplois.

Par ailleurs, à l'aune des chiffres produits, le Tribunal tient pour probante la réduction de l'horaire annoncée du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021, à un taux de 30%. Il sied dès lors d'admettre le recours, d'annuler la décision sur opposition du 1^{er} octobre 2021 entreprise et de renvoyer le dossier à l'intimé pour allocation et calcul de la RHT requise pour la période du 1^{er} septembre 2021 au 31 décembre 2021.

3. Finalement, la recourante avait, à titre incident, requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

La décision entreprise, dans la mesure où elle refuse de verser une RHT à la recourante est toutefois une décision négative. Or, il est conforme à l'institution de l'effet suspensif que celui-ci empêche ou paralyse l'exécution d'une décision sujette à recours jusqu'à droit connu, c'est-à-dire jusqu'au moment où l'autorité de recours se sera prononcée sur le fond de la cause. Il s'ensuit, logiquement, qu'à l'égard d'une décision par laquelle une autorité refuse d'allouer des prestations, l'effet suspensif attaché au recours contre cette décision négative n'est d'aucune utilité et serait même inopérant, puisqu'il ne pourrait, dans ce cas, justement pas aboutir à l'octroi des prestations sollicitées par la recourante. En résumé, il est exclu d'attribuer un effet suspensif à une décision négative qui écarte une demande (Scartazzini, *Aufschiebende Wirkung der Beschwerde in der Sozialversicherungsrechtspflege*, SZS 1993 pp. 327 et 328 et la doctrine citée ; arrêt ATFA C. du 30 juin 1994 et S. du 12 septembre 1994 et ACAS S1 01 71 du 4 mars 2002 consid. 2.1). Seules les décisions positives, à savoir celles qui modifient les droits et obligations de l'intéressé, peuvent être munies d'un effet suspensif (ATF 127 V 408 consid. 3). La demande d'octroi de l'effet suspensif doit dès lors être rejetée.

4.1 Il n'est pas perçu de frais. (art. 61 let. a LPGA).

4.2 La recourante, qui obtient partiellement gain de cause, sa demande au fond étant admise, a droit à des dépens à charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA, 91 al. 1 et 2 LPJA et 40 al. 1 LTar). Les frais d'un conseil juridique comprennent les honoraires, calculés selon les articles 27 et suivants LTar, auxquels s'ajoutent les débours (art. 4 al. 3 LTar). Les dépens sont arrêtés forfaitairement entre 550 et 11 000 fr., TVA comprise (art. 27 al. 5 et 40 al. 1 LTar). En l'espèce, Me Favre a déposé un recours de cinq pages ainsi qu'un courrier complémentaire. Les dépens sont donc arrêtés à 1300 fr., débours et TVA compris, et mis à la charge du SICT.

Prononce

1. Le recours est admis.
2. La demande de restitution de l'effet suspensif au recours est rejetée.
3. La décision sur opposition du SICT du 1^{er} octobre 2021 est annulée et le dossier lui est renvoyé pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
4. Le SICT versera 1300 fr. à X _____ pour ses dépens.
5. Il n'est pas perçu de frais

Sion, le 30 août 2022