

S1 21 245

JUGEMENT DU 15 MARS 2022

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Mireille Allegro, greffière

en la cause

HÔTEL ET CAFÉ-RESTAURANT "A _____", X _____ et Y _____,
recourant

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)

Faits

A. X _____ et Y _____ exploitent l'hôtel et café-restaurant « A _____ » sous la raison sociale « B _____ SNC » depuis le 9 août 2021. Avant cela, l'établissement était géré par la société en nom collectif « C _____ » sous le nom « D _____ » du 21 janvier 1987 jusqu'à la radiation de la société le 9 mars 2021.

B. Par préavis du 11 février 2021, « A _____ » a demandé de pouvoir bénéficier d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT) pour six employés à partir du 1^{er} mars 2021, au motif que la fermeture des restaurants prononcée par le Conseil fédéral allait certainement être prolongée au-delà du 28 février 2021.

Par décision n° 341167236 du 5 mars 2021 puis décision n° 341493136 du 15 avril 2021, le SICT a accordé un droit à l'indemnité pour RHT à l'établissement pour la période du 1^{er} mars 2021 au 31 août 2021.

C.a Le 20 août 2021, l'établissement a rempli un nouveau préavis de RHT pour six collaborateurs à partir du 1^{er} septembre 2021 jusqu'au 31 décembre 2021 en indiquant une perte probable de travail de 30%, au motif qu'à la suite de la réouverture des restaurants, l'activité reprenait « gentiment » mais qu'il était impossible, en raison de l'évolution incertaine de la pandémie, de prévoir le chiffre d'affaires d'ici la fin de l'année (pièce 1f).

A la demande du SICT, « A _____ » a expliqué qu'il lui était impossible de savoir à l'avance la charge de travail, les recettes pouvant varier d'un jour à l'autre de 1000 fr. à 400 francs. Il a ajouté que jusqu'au mois de mars 2020, l'établissement était ouvert sept jours sur sept, mais que depuis la reprise, il était fermé deux jours par semaine, ce qui permettait d'avoir moins d'employés, moins de charges et une vie plus régulière, après 37 ans de service et en raison de la fatigue (pièce 1g). Il a communiqué les chiffres d'affaires annuels suivants (pièce 1i) :

2018 : 841 435 fr. 80

2019 : 754 053 fr. 40

2020 : 468 004 fr. 60

2021 : 158 490 fr. 40 (jusqu'en août 2021)

Par décision n° 342216372 du 10 septembre 2021, le SICT a refusé la demande de RHT, au motif que l'établissement n'avait pas rendu sa perte de travail plausible, dès lors que les mesures de restrictions avaient été assouplies dès le 31 mai 2021 et que

les chiffres d'affaires réalisés depuis le mois de mai 2021 étaient similaires à ceux de 2019 (pièce 2b).

C.b Par courrier du 21 septembre 2021, « A _____ » a formé opposition en contestant l'absence de diminution du chiffre d'affaires au regard des exercices 2019 respectivement 2021, tout en précisant que l'établissement avait été fermé du 2 juin au 12 juillet 2019, et en faisant remarquer que depuis le 13 septembre 2021, les restaurants ne pouvaient plus accueillir de clients non vaccinés à l'intérieur et que l'entrée des voyageurs en Suisse était plus chère et plus compliquée pour les non-vaccinés (pièce 3a).

Par décision sur opposition n° 686/2021 du 18 octobre 2021, le SICT a rejeté l'opposition estimant que l'entreprise n'avait pas rendu plausible une baisse de travail, la seule référence à la pandémie n'étant pas suffisante. Il a relevé que l'hôtel n'avait pas été concerné par les mesures de fermeture ou les limitations décidées par les autorités, de sorte qu'il avait pu poursuivre son activité normalement. Il a en outre constaté qu'il y avait déjà eu une diminution du chiffre d'affaires entre 2018 et 2019 attribuable à d'autres facteurs que la pandémie, lesquels avaient pu également contribuer à la baisse les années suivantes. Enfin, il a considéré qu'il n'était pas démontré que l'introduction du certificat COVID ait réduit la clientèle ni qu'il y ait eu une baisse réelle de la clientèle étrangère (pièces 5a à 5e).

D. Le 16 novembre 2021, « A _____ » a recouru céans contre ce prononcé en réitérant ses arguments relatifs aux variations du chiffre d'affaires et en précisant que la baisse intervenue entre 2018 et 2019 était due aux travaux d'amélioration de la route entre E _____ et F _____ qui avaient perturbé la venue des clients. L'assuré a également tenu à signaler que malgré la décision d'octroi de RHT du 15 avril 2021, elle n'avait pas encore reçu toutes les indemnités journalières pour la période concernée, ce qui était inadmissible.

Dans sa réponse du 15 décembre 2021 le SICT a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision au motif que la réelle variation du chiffre d'affaires entre les années 2019, 2020 et 2021 n'était pas mesurable en raison de la fermeture annuelle durant l'été 2019. Il a observé que la décision du 14 avril 2021 ne faisait pas l'objet du litige et a signalé qu'une nouvelle décision n° 341493136 avait été rendue le 23 novembre 2021 annulant et remplaçant celle du 14 avril 2021, dès lors que l'établissement n'avait aucune personnalité juridique entre le 9 mars 2021 (dissolution

de « C _____ ») et le 9 août 2021 (inscription au Registre du commerce de « B _____ SNC ») (pièce 6a).

Le recourant n'ayant pas répliqué dans le délai imparti au 31 janvier 2022, l'échange d'écritures a été clos le 3 février 2022.

Considérant en droit

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) 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 16 novembre 2021, le présent recours à l'encontre de la décision sur opposition du 18 octobre précédent a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a al. 1 LPJA). 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 exclusivement sur le droit du recourant à une indemnité en cas de RHT dès le 1^{er} septembre 2021 selon la demande déposée par préavis du 20 août 2021, étant rappelé que le droit à l'indemnité en cas de RHT n'est pas un droit acquis et que chaque nouvelle demande doit être examinée en fonction de toutes les circonstances. Pour le reste, la période antérieure ne fait pas partie du présent litige puisqu'elle a fait l'objet des décisions des 14 avril 2021 puis 23 novembre 2021 du SICT.

2.1.1 Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une demande de 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). En effet, selon l'article 31 alinéa 1 lettres b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la RHT est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question.

Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a).

Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs économiques et est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI) et qu'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). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a). Les pertes de travail résultant d'un recul de la demande de biens et de services en raison de la pandémie COVID-19 peuvent être prises en considération en application de l'article 32 alinéa 1 lettre a LACI. Toutefois, l'employeur doit pouvoir 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 de mentionner simplement la pandémie comme justification (cf. Directive du SECO 2021/16 « actualisation des règles spéciales dues à la pandémie » du 30 juin 2021, applicable dès le 1^{er} octobre 2021, en vigueur au moment de la décision du 18 octobre 2021).

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 (Boris Rubin, op. cit., n° 18 ad art. 32 LACI, p. 355, n° 4 ad art. 33 LACI, p. 360). Selon la jurisprudence, doivent être considérées 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 (ATF 119 V 498 consid. 1 ; Boris Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 33 LACI p 361).

2.1.2 En raison de la propagation de la COVID-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière » au sens de l'article 6 alinéa 2 lettre b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies – LEP ; RS 818.101). Sur cette base, il a édicté l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573), puis l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773) et enfin l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19 ; RO 2020 2195). Ont été concernés par des mesures de fermeture notamment les restaurants, les discothèques, les établissements des domaines de la culture et des loisirs, des installations de sport et bien-être. En revanche, ont toujours pu rester ouverts les hôtels et établissements d'hébergement selon l'article 6 alinéa 3 lettre j de l'ordonnance 2 COVID-19 du 11 mai 2020, y compris les restaurants réservés à la clientèle (art. 5a al. 2 let. d de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, état au 22 décembre 2020 ; RO 2020 2213)

Le 23 juin 2021, le Conseil fédéral a notamment décidé de lever dès le 26 juin 2021 la limite du nombre de personnes par table dans les restaurants, a aboli l'obligation de porter un masque à l'extérieur, notamment dans les espaces extérieurs des installations accessibles au public, des établissements de loisirs et des transports publics et a assoupli l'accès aux manifestations (art. 12 de l'ordonnance COVID-19 « situation particulière »). Dès le 13 septembre 2021, il a introduit l'obligation du certificat COVID (ou la règle des 3G : vacciné, guéri ou dépisté) pour l'accès aux espaces intérieurs des bars et des restaurants où la consommation a lieu sur place, en enlevant toute restriction concernant la taille du groupe de clients, la distance/les séparations entre les groupes, la collecte des données ou l'obligation de s'asseoir (art. 12 al. 1 et 2). Durant cette période, l'entrée en Suisse était interdite pour les personnes venant d'un pays ou région à risque, à moins qu'elles ne soient vaccinées, guéries ou testées négatives (double dépistage dès le 17 septembre 2021).

2.2 En l'espèce, comme l'a relevé l'intimé, à elle seule la pandémie ne suffit pas à justifier et à rendre plausible une baisse de travail pour les recourants dès septembre 2021. En effet, en tant qu'établissement hôtelier, l'entreprise n'a pas été concernée par les mesures de fermetures décidées par les autorités en lien avec les différentes vagues de la pandémie et a pu poursuivre son activité normalement, moyennant le respect des normes sanitaires. Les recourants n'expliquent pas en quoi l'exigence d'un certificat COVID dès septembre 2021 aurait réduit significativement sa clientèle par rapport aux

années antérieures. L'ouverture de la vaccination à toutes les personnes de plus de 16 ans dès janvier 2021 et la mise en place de la règle des 3G (vacciné, guéri, détesté) a permis le retour de la clientèle dans un cadre sécurisé mais aussi plus libre, avec la levée des mesures de distanciation entre les tables, du port du masque et du nombre de personnes par table. Les recourants n'apportent non plus pas d'arguments et de preuves concernant une baisse des clients étrangers. S'il est patent que ces derniers ont moins voyagé hors de leurs frontières, il en va de même des Suisses, qui ont davantage réservé des séjours en Suisse et notamment dans les régions de montagne et les stations dites familiales, ce qui ressort du nombre de nuitées qui est resté stable entre 2019 et 2021 (2019 = 331 nuitées, 2020 = 328 nuitées et 2021 = 338 nuitées).

Par ailleurs, selon les chiffres d'affaires transmis par les recourants, une diminution substantielle avait déjà eu lieu entre 2018 et 2019, soit avant la pandémie. A cet égard, leurs explications selon lesquelles la perte de 2019 serait survenue uniquement en raison de travaux de réfection de la route entre E _____ et F _____ ne sont pas convaincantes. En effet, selon le Nouvelliste du 29 avril 2019, les travaux d'entretien ont concerné la route entre F _____ et G _____ et ont eu lieu entre le 29 avril et le 14 juin 2019, soit essentiellement en dehors de la période considérée de juin à août prise pour la comparaison des chiffres d'affaires. Quant à la stabilisation du talus surplombant la chaussée sur la route d'Anniviers, elle n'a pas empêché les véhicules de circuler.

Au demeurant, il ressort des premières explications des tenanciers qu'une fermeture de deux jours par semaine a été décidée depuis mai 2020 pour avoir une vie plus régulière après 37 ans de service et en raison de la fatigue accumulée. Il n'est ainsi pas établi ni même rendu vraisemblable que la baisse du chiffre d'affaires entre 2019 et 2021 soit due exclusivement à la pandémie et non également à d'autres facteurs. Le domaine hôtelier est soumis à une forte concurrence et les régions de montagne sont souvent plus touchées à l'entre-saison. Il s'agit là d'un risque normal d'exploitation.

3. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté, sans frais (art. 61 let. fbis LPGA).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais.

Sion, le 15 mars 2022