

S1 22 69

JUGEMENT DU 7 AOUT 2023

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

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

en la cause

X _____ SA, recourante

contre

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

(AC ; droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en relation avec la pandémie COVID-19)

Faits

A. X _____ SA, de siège à A _____, est une société dont le but est l'établissement et l'exploitation d'ateliers mécaniques, serrureries et constructions métalliques ainsi que toutes opérations financières ou commerciales en rapport avec le but (dossier SICT, pièce n°1e).

Depuis le début de son délai-cadre en mars 2020, la société a déposé 3 préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT), pour les périodes de mars à mai 2020, de juin à août 2020 ainsi que de février à avril 2021 et les indemnités suivantes lui ont été versées par la Caisse cantonale de chômage : 15 941 fr. 75 pour le mois de mars 2020, 22 329 fr. 20 pour avril 2020 et 6 437 fr. 10 pour juin 2020 (dossier SICT, pièce n°9).

B. Le 31 décembre 2021, la société a déposé un nouveau préavis de réduction de l'horaire de travail pour 16 employés, pour la période courant du 12 janvier au 31 mars 2022. Elle y a indiqué subir une perte de travail probable de 50% du fait que son carnet de commande avait fortement baissé au mois de décembre 2021 en comparaison de la même période les deux années précédentes, précisant que le volume d'affaires pour les quatre mois suivants était totalement flou. Elle a communiqué les chiffres d'affaires mensuels suivants (dossier SICT, pièces n°1 et 3 et annexe n°2 du bordereau du recourant) :

	2018	2019	2020	2021
janvier	150 977	212 977	233 484	242 224
février	242 191	320 687	271 266	337 881
mars	227 543	271 726	207 495	317 093
avril	223 901	345 811	165 649	235 555
mai	303 384	310 545	321 408	319 413
juin	310 636	323 430	273 618	338 306
juillet	216 639	410 761	404 140	372 671
août	262 748	152 078	122 149	247 869
septembre	222 189	299 160	401 140	388 688
octobre	437 349	434 131	377 873	410 530
novembre	350 107	271 590	418 814	349 583
décembre	248 264	233 469	185 787	164 892
chiffre d'affaires annuel	3 195 928	3 586 365	3 383 220	3 724 705

Répondant aux questions complémentaires du Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT) par courriel du 15 janvier 2022, la société a notamment ajouté qu'elle n'avait jamais dû faire appel au chômage saisonnier pour la période hivernale, que la baisse de son carnet de commandes était peut-être due au fait que certains de ses

clients connaissaient des clusters de COVID-19 au sein de leurs équipes de montage, que ses collaborateurs étaient présents aux horaires habituels de travail, que le carnet de commandes à la fin de l'année 2021 représentait un montant de l'ordre de 23 000 fr., alors que les années précédentes il s'élevait à la même période à environ 120 000 fr. et que les chiffres d'affaires mensuels pour l'année 2021 devaient être lus en ayant en tête le fait que le prix des matières premières avait fortement augmenté par rapport aux années précédentes (dossier SICT, pièce n°3).

Par décision du 21 janvier 2022, le SICT a refusé la demande de la société, au motif que les chiffres d'affaires mensuels pour l'année 2021 indiquaient des recettes supérieures aux années précédentes et notamment aux années antérieures à la pandémie de COVID-19, de sorte que sous l'angle économique la perte de travail était difficilement défendable. Il a ajouté qu'il était notoire que le domaine de la construction connaît des fluctuations qui n'ont rien d'extraordinaire, notamment durant la saison d'hiver qui correspond à une baisse générale d'activité dans ce domaine, qu'en outre il ressortait du dossier que les employés effectuaient leurs horaires habituels de travail, qu'une perte de travail exceptionnelle n'était ainsi pas démontrée, que partant son lien avec la pandémie n'était pas établi et que l'éventuelle perte de travail annoncée semblait davantage liée à un risque commercial, soit un risque normal d'exploitation (dossier SICT, pièce n°4).

La société s'est opposée à cette décision par courrier du 28 janvier 2022. Elle a relevé que l'analyse du SICT était arbitraire car elle ne reflétait pas le contenu du préavis du 31 décembre 2021, alléguant que le SICT n'avait pas tenu compte du fait que la réserve de travail était passée d'un montant d'environ 120 000 fr. les années précédentes à seulement 23 000 fr. en décembre 2021, que l'augmentation des chiffres d'affaires mensuels pour l'année 2021 était due à l'augmentation du prix des matières premières et que sans cela, les chiffres auraient été inférieurs à ceux prévalant avant la pandémie, que la comparaison des chiffres d'affaires du mois de décembre 2021 avec les mois de décembre 2018 et 2019 montrait une diminution de respectivement 34% et 29% et que le fait à retenir était l'arrivée de la cinquième vague de COVID-19 et sa concomitance avec la baisse brutale et inattendue de son carnet de commandes (dossier SICT, pièce n°5). La société a par ailleurs joint à son opposition le chiffre d'affaires annuel 2021 corrigé par ses soins pour tenir compte de l'augmentation du prix d'achat des matières premières, ce chiffre passant alors de 3 724 705 fr. à 3 262 858 francs.

Par décision sur opposition du 15 mars 2022, le SICT a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 22 janvier précédent. Il a en substance relevé que la société n'expliquait pas

en quoi la perte de travail qu'elle faisait valoir à partir du 12 janvier 2022 était attribuable à la pandémie et indiquait simplement qu'elle avait perdu du chiffre d'affaires durant la période de la cinquième vague de COVID-19, sans toutefois établir le lien entre ces deux événements, qu'elle avait en outre admis que son chiffre d'affaires avait augmenté en 2021, à l'exception du mois de décembre, que ses collaborateurs avaient effectué leurs horaires de travail habituels et qu'au demeurant, l'examen des chiffres d'affaires mensuels transmis montrait que le mois de décembre était de manière répétée un mois durant lequel l'activité était plus faible que le reste de l'année, de sorte que la baisse du chiffre d'affaires durant ce mois ne présentait pas le caractère exceptionnel ou extraordinaire requis par la jurisprudence pour ouvrir un droit à l'indemnité en cas de RHT (dossier SICT, pièce n°7).

C. Le 22 avril 2022 (date du sceau postal), X _____ SA a recouru céans contre ce prononcé en réitérant ses arguments relatifs à la concomitance entre la baisse de commande et la cinquième vague de COVID-19 ainsi que ceux concernant l'augmentation du prix des matières premières et son influence sur le chiffre d'affaires 2021, précisant par ailleurs que si ses collaborateurs avaient bien effectué leurs horaires de travail habituels durant les mois de décembre 2021 et janvier 2022, cela n'était plus le cas dès le mois de février 2022, et indiquant que la perte de travail s'était élevée à 12.22% pour le mois de février 2022, alors que pour les mois de janvier et mars 2022 elle n'avait pas atteint les 10%, concluant ainsi à l'annulation de la décision du 15 mars 2022 et à sa mise au bénéfice des indemnités RHT dès le 1^{er} février 2022. La recourante a de plus annexé à son recours les chiffres d'affaires mensuels pour le début de l'année 2022, à savoir : 134 658 fr. pour janvier 2022, 274 247 fr. pour février 2022 et 317 595 fr. pour mars 2022.

Dans sa réponse du 25 mai 2022, le SICT a indiqué qu'au vu de la teneur du recours, seul le versement d'une indemnité pour RHT pour le mois de février 2022 demeurait litigieux, que s'agissant de cette période, l'argument de la concomitance avec la nouvelle vague de la pandémie ne suffisait pas à démontrer de manière crédible que les interruptions de travail attendues dans l'entreprise étaient attribuables à la pandémie, qu'au surplus la situation sanitaire s'était passablement améliorée depuis la fin du mois de janvier 2022, et que dans le secteur de la construction, les fluctuations du carnet de commandes au cours de l'année étaient courantes, si bien que la perte de travail qui en découlait était habituelle. Le SICT a ainsi conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 15 mars 2022.

Répliquant le 28 juin 2022, la recourante a relevé qu'il était exact que seule l'indemnité pour le mois de février 2022 demeurait litigieuse et a confirmé que la perte de travail concernant cette période était due à la concomitance entre la nouvelle vague de pandémie et le recul des commandes comparativement aux années précédentes. Elle a maintenu sa conclusion relative à l'annulation de la décision du 15 mars 2022 et à sa mise au bénéfice de l'indemnité RHT pour la période litigieuse.

L'intimé ayant renoncé à dupliquer, l'échange d'écritures a été clos le 31 août 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 22 avril 2022, le présent recours dirigé contre la décision sur opposition du 15 mars 2022 a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 38 al. 4 et 60 LPGA) et devant l'instance compétente (art. 56 ss LPGA ; art. 100 al. 3 LACI et 119 et 128 al. 2 OACI ; 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.

2.1 Le litige porte sur le droit de la société à une indemnité pour RHT pour le mois de février 2022, la recourante ayant admis implicitement dans son recours et sa réplique que seule cette période demeurait litigieuse, la perte de travail étant supérieure à 10% que pour ce mois-là.

2.2 Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, 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).

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, que 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. La référence générale au COVID-19 ne suffit toutefois pas à justifier un droit à l'indemnité en cas de RHT. Les entreprises doivent, au contraire, toujours exposer de manière crédible les raisons pour lesquelles les pertes de travail attendues sont à mettre sur le compte de l'apparition du COVID-19. Il doit exister un rapport de causalité adéquat entre la perte du travail et la pandémie.

2.3 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 risques « normaux »

d'exploitation ne peuvent 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 ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (art. 33 al. 1 let. b LACI). 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. 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). Dans le domaine de la construction, les fluctuations de l'emploi dues à des motifs saisonniers sont habituelles. Les fluctuations de l'emploi sont réputées saisonnières lorsque la perte de travail n'excède pas la perte de travail moyenne des deux dernières années (cf. Rubin, op. cit., n. 18 et 19 ad art. 33 LACI et les références citées).

2.4 En raison de la propagation du 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, le domaine de la construction n'a pas été concerné par les mesures de fermeture prises par les autorités fédérales ou cantonales, de sorte que les entreprises actives dans ce domaine ont pu continuer leur activité, moyennant le respect des normes sanitaires (cf. notamment art. 7d de l'ordonnance 2 COVID-19 du 20 juin 2020).

3. En l'espèce, la recourante soutient d'une part que la perte de travail subie lors du mois de février 2022 résulte de la concomitance entre l'arrivée de la cinquième vague de COVID-19 en Suisse et la forte baisse de son carnet de commandes et d'autre part que l'analyse de ses chiffres d'affaires par l'intimé est erronée, car ce dernier n'aurait pas pris en compte l'impact de l'augmentation du prix des matières premières.

3.1 Comme l'a relevé à juste titre l'intimé, à elle seule la pandémie ne suffit pas à justifier et à rendre plausible une baisse de travail. La recourante doit au contraire exposer de manière crédible les raisons pour lesquelles les pertes de travail attendues sont à mettre sur le compte de l'apparition du COVID-19 et il doit exister un rapport de causalité adéquat entre la perte du travail et la pandémie. Cela vaut d'autant plus qu'en tant qu'entreprise active dans le domaine de la construction, la recourante n'a pas été concernée par les mesures de fermeture 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.

Il ressort de l'analyse des pièces au dossier que la recourante se contente de mentionner que l'arrivée de la cinquième vague de la pandémie a temporellement correspondu à une période durant laquelle elle a vu son carnet de commandes diminuer, ce qui devait lui causer une perte de travail probable de l'ordre de 50%. Non seulement la perte effective de travail pour le mois de février 2022 ne s'est élevée qu'à 12.22%, mais l'intéressée n'a par ailleurs démontré aucun lien de causalité entre dite perte et la pandémie. Elle a tout au plus vaguement évoqué la possibilité que certains de ses clients aient vu leurs équipes de montage se transformer en clusters de COVID-19 étant donné la promiscuité sur les échafaudages. Cet argument, formulé à juste titre par la recourante elle-même de manière conditionnelle, ne convainc pas et n'est pas de nature à établir un lien de causalité adéquat entre la perte de travail subie par l'entreprise au mois de février 2022 et la pandémie de COVID-19. Il s'ensuit que pour ce motif déjà, le recours doit être rejeté.

3.2 La recourante soutient en outre que l'intimé ignore de manière arbitraire l'impact que l'augmentation du prix des matières premières aurait eu sur son chiffre d'affaires, qu'une lecture correcte, respectivement corrigée, des chiffres d'affaires mensuels transmis montrerait qu'en réalité la situation est moins bonne qu'avant la pandémie, de sorte que sous l'angle économique il y a bien une perte de travail, et que la baisse des recettes ainsi que de son carnet de commandes en fin d'année 2021 ne serait pas due à un facteur saisonnier mais bien à la pandémie.

S'il apparaît effectivement vraisemblable que la recourante n'a jamais dû mettre ses employés au chômage saisonnier durant la période hivernale, il n'en demeure pas moins que la période de fin d'année, respectivement du début de l'année suivante, est de manière générale pour cette entreprise une période creuse. La recourante le reconnaît elle-même, puisqu'elle a indiqué qu'elle imposait à ses employés de prendre la moitié des vacances annuelles à ce moment-là, alors que ces derniers préféreraient les prendre durant la période estivale. Cela ressort également de l'analyse des chiffres d'affaires fournis par l'entreprise. Une lecture attentive montre en effet que les mois de décembre, janvier, voire encore février sont de petits mois pour cette entreprise. Cela est particulièrement patent lorsque l'on compare les chiffres d'affaires des mois de janvier 2018 (150 977 fr.) et celui de janvier 2022 (134 658 fr.). Ces montants sont indubitablement très proches, alors que le premier a été réalisé avant la pandémie de COVID-19.

Cela vaut également pour la période litigieuse, soit le mois de février 2022. En effet, le chiffre d'affaires du mois de février 2022 (274 247 fr.) est supérieur à celui du mois de février 2018 (242 191 fr.), période qui n'était pas touchée par la pandémie. Même en tenant compte de l'augmentation du prix des matières premières, le chiffre d'affaires reste dans la norme pré-COVID. Cela vaut par ailleurs de manière générale pour l'année 2021. En effet, même en tenant compte du chiffre d'affaires corrigé par le recourant, eu égard à l'augmentation mentionnée ci-avant, pour l'année 2021, soit 3 262 858 fr. au lieu de 3 724 705 fr., il apparaît que ce montant se situe entre les chiffres d'affaires des années 2018 et 2019, soit parfaitement dans la norme pré-COVID. La Cour retient donc qu'une baisse du carnet de commandes, respectivement une perte de travail pour la fin de l'année ainsi que le début de l'année suivant survient chaque année dans cette entreprise.

La perte de travail subie par la recourante durant les mois hivernaux, et notamment le mois de février 2022 litigieux en l'espèce, découle ainsi d'un risque normal d'exploitation et apparaît comme régulière, récurrente et prévisible, de sorte qu'elle doit être qualifiée d'habituelle et non d'extraordinaire, ce qui n'ouvre pas de droit à une indemnité en cas de RHT. Pour ce motif également, le recours doit être rejeté.

4. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté, sans frais (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

Prononce

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

Sion, le 7 août 2023