

200.2014.165.AC

WIC/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 8 octobre 2015

Droit des assurances sociales

B. Rolli, président
M. Moeckli et C. Tissot, juges
C. Haag-Winkler, greffière



A. _____

recourant

contre

beco Economie bernoise, Service de l'emploi
Service juridique, Lagerhausweg 10, case postale 730, 3018 Berne
intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 23 janvier 2014

En fait:

A.

L'entreprise B. _____, fondée en 1936, est active dans le domaine de la mécanique de précision en sous-traitance. Elle emploie neuf personnes, engagées par contrat de travail de durée indéterminée. Cette entreprise a bénéficié d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (IRHT) du 1^{er} juin 2012 au 31 décembre 2013.

Le 17 décembre 2013, l'entreprise a déposé auprès de beco Economie bernoise, Service de l'emploi, un nouveau préavis de réduction de l'horaire de travail de 90% pour sept de ses neuf employés, pendant la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2014. A l'appui, elle invoquait l'annulation de commandes de la part de ses clients, pour qui elle travaille en sous-traitance (à 100%) et dont 75% sont actifs dans le domaine de la machine-outil, secteur dont elle a précisé qu'il était en crise. Le 20 décembre 2013, beco a rendu une décision de refus de la demande d'IRHT.

B.

L'opposition formée le 6 janvier 2013 contre la décision précitée par l'entreprise a été rejetée par beco par décision sur opposition du 23 janvier 2014.

C.

Par acte du 17 (complété le 21) février 2014, A. _____, employé de l'entreprise, a interjeté recours contre la décision sur opposition du 23 janvier 2014 en concluant, implicitement, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi des IRHT demandées.

Dans son mémoire de réponse du 17 mars 2014, beco a conclu au rejet du recours. L'entreprise n'a pas donné suite à l'invitation du juge instructeur, par ordonnance du 21 mars 2014, à s'exprimer sur la cause, en particulier

sur les raisons pour lesquelles elle n'a pas recouru contre la décision sur opposition, si elle a de ce fait renoncé à une réduction de l'horaire de travail et sur sa situation actuelle. Le recourant n'a pas produit d'observations finales pendant le délai imparti par le juge instructeur à cet effet dans son ordonnance du 16 avril 2014.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition rendue par beco le 23 janvier 2014 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme le rejet d'une demande d'IRHT pour la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2014. L'objet du litige porte sur l'annulation de cette décision sur opposition et l'octroi des IRHT demandées. Est particulièrement critiquée l'appréciation de l'intimé d'absence de motifs conjoncturels extraordinaires justifiant l'admission d'une IRHT.

1.2 Quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir (art. 59 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]). La qualité pour recourir suppose ainsi que la personne concernée, au vu de la décision sur opposition attaquée, soit touchée matériellement (*materielle Beschwer*) par ladite décision sur opposition. Elle suppose aussi que la personne concernée n'ait pas obtenu (pleinement) gain de cause dans la précédente procédure d'opposition (lésion formelle ou *formelle Beschwer*). En l'espèce, le recourant a subi une lésion matérielle, à savoir que la décision contestée porte atteinte à ses droits et lui est défavorable quant à ses effets juridiques, puisqu'il est le bénéficiaire des IRHT et risque de perdre son emploi si l'entreprise ne se voit pas octroyer les indemnités demandées (art. 31 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]; BORIS RUBIN, *Commentaire de la loi sur*

l'assurance-chômage, 2014, ad art. 102 n. 14). En revanche, il est douteux en l'espèce que le recourant ait subi une lésion formelle, étant donné qu'il n'a pas pris part à la procédure devant l'autorité précédente et n'a ainsi pu voir ses conclusions écartées, puisque seule l'entreprise a fait opposition à la décision initiale du 20 décembre 2013. Le recourant n'a par ailleurs nullement invoqué avoir été empêché sans sa faute de participer à la procédure devant l'instance précédente. Il faut relever à ce propos que l'avis de KIESER, auquel l'intimé fait référence dans son mémoire de réponse (UELI KIESER, *ATSG-Kommentar*, 2009, ad art. 59 n. 5), selon lequel l'art. 59 LPG, contrairement à l'art. 89 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), n'exige pas une lésion formelle au sens d'une participation devant l'autorité précédente, n'est nullement motivé. On ne voit pourtant pas pour quel motif il se justifierait, dans un tel cas de figure, de déroger au principe de l'épuisement des instances, généralement admis (tant au niveau fédéral à l'art. 89 al. 1 let. a LTF, qu'au niveau cantonal à l'art. 65 al. 1 let. a de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21], dans sa teneur du 10 avril 2008; HERZOG/DAUM, *Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, in: JAB 2009 p. 1, spéc. 18 ss). L'ATF 127 V 107 c. 2b cité n'est guère plus convaincant, une étroite communauté d'intérêts entre, en l'espèce, l'entreprise et son employé n'excluant pas a priori de faire valoir pour l'une comme pour l'autre (également) des griefs distincts. Compte tenu du sort de la cause, la question de l'existence d'une lésion formelle et, ainsi, celle de la qualité pour recourir du recourant, peut toutefois être laissée ouverte.

Au surplus interjeté en temps utile auprès de l'autorité de recours compétente, dans les formes prescrites, le recours est recevable (art. 56 ss LPG; art. 32 et 74 ss LPJA; art. 100 al. 3 LACI, en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]).

1.3 Le litige porte sur l'indemnisation de sept employés de l'entreprise pour une réduction de 90% de leur horaire de travail du 1^{er} janvier au 31 mars 2014. Compte tenu de la durée potentielle d'indemnisation (trois

mois) et de la masse salariale globale, la valeur litigieuse n'est pas a priori inférieure à Fr. 20'000.-. Le jugement de la cause incombe par conséquent à la Cour des affaires de langue française du TA dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

1.4 Le Tribunal examine librement la décision sur opposition contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 Au stade du contrôle du préavis, l'autorité cantonale doit examiner si les conditions dont dépend le droit à l'IRHT, en vertu des art. 31 al. 1 et 32 al. 1 let. a LACI, sont réunies (art. 36 al. 3 LACI), les conditions personnelles étant quant à elles vérifiées dans la phase subséquente du remboursement de l'IRHT, conformément à l'art. 39 al. 1 LACI.

Le but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail 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 pour réduction de l'horaire de travail 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 c. 3a).

2.1.1 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 la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre que celle-ci permettra de maintenir les emplois en question (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). Le fait qu'un employeur ait, dans le passé, réduit à plusieurs reprises l'horaire de travail ne permet pas, en soi, de

conclure qu'une nouvelle perte de travail ne serait vraisemblablement pas temporaire et que la réduction de l'horaire de travail ne permettrait pas de maintenir les emplois au sens de l'art. 31 al. 1 let. d LACI (DTA 1995 p. 112). Pour décider si les conditions de cette disposition sont remplies, on doit bien plus présumer qu'une perte de travail sera vraisemblablement temporaire et que les emplois pourront être maintenus, tant qu'il n'existe pas des faits concrets qui permettraient d'aboutir à une conclusion opposée (ATF 111 V 379 c. 2b; DTA 1989 p. 121 c. 3a). A cet égard, les faits doivent être examinés prospectivement, tels qu'ils se présentaient au moment de la décision sur opposition contestée (ATF 121 V 371 c. 2a).

2.1.2 Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 c. 2a). Le recul de la demande des biens ou des services normalement proposés par l'entreprise concernée est caractéristique pour apprécier l'existence d'un facteur économique (DTA 1985 p. 109 c. 3a). La notion de facteurs économiques a toujours été interprétée largement. Une distinction entre des facteurs économiques et des facteurs d'ordre structurel n'a en particulier volontairement jamais été opérée, ce en raison du but de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, consistant à éviter le chômage par le maintien des places de travail. Une telle distinction n'est au demeurant pas prévue par la loi et l'exclusion générale de la prise en considération des pertes de travail dues à des facteurs structurels s'avérerait douteuse d'un point de vue social (ATF 128 V 305 c. 3a; DTA 1996/97 p. 214 c. 3a).

2.1.3 Une perte de travail résultant de facteurs d'ordre économique n'est néanmoins pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (voir art. 33 al. 1 let. a LACI). Ces risques ne peuvent être fixés selon une échelle valable pour toutes les entreprises. Leur détermination doit être propre à chaque cas particulier et se fonder sur les circonstances propres à l'activité de l'entreprise. Les risques normaux d'exploitation concernent les pertes de travail qui, d'expérience, surviennent régulièrement et de manière répétée, de sorte qu'elles sont

prévisibles et, dans une certaine mesure, chiffrables (ATF 138 V 333 c. 4.2.2; DTA 2004 p. 127 c. 1.3). Ainsi, selon la jurisprudence, la perte d'un client important (risque considérable) fait aussi partie des risques normaux d'exploitation (DTA 2011 p. 67 c. 4.4, 2008 p. 158 c. 2.3). Cette réserve ne s'applique pas seulement aux cas de pertes de travail dues à des facteurs d'ordre économique selon l'art. 32 al. 1 LACI, mais aussi aux cas de rigueur conformément aux art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (ATF 138 V 333 c. 4.2.1).

Une perte de travail à prendre en principe en considération d'après l'art. 32 LACI ne donne toutefois pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail 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). Par cette restriction, le législateur a avant tout voulu exclure du droit à l'indemnité les pertes de travail se produisant régulièrement (ATF 121 V 371 c. 2a).

3.

3.1 S'agissant de la prétention contestée à l'IRHT pour la période comprise entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 2014, le recourant fait valoir que la perte de travail est due pour l'essentiel à des fluctuations imprévisibles du carnet de commandes. Il mentionne plus particulièrement l'annulation de commandes à la dernière minute, alors qu'elles étaient prêtes à être livrées, la faillite de certains clients, ainsi que des promesses de commandes qui ne se sont pas concrétisées. Il ajoute qu'un collaborateur de longue date de l'entreprise a dû être licencié suite au préavis négatif contesté.

Ainsi que l'a relevé, à juste titre, l'intimé dans sa prise de position du 17 mars 2014, les fluctuations régulières du carnet de commandes, y compris l'annulation de commandes imprévisibles à la dernière minute, font partie du risque normal d'exploitation dans toute entreprise. Il s'agit en effet de pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur. Le recourant n'explique pas en quoi les fluctuations de commandes présenteraient en l'espèce un caractère exceptionnel ou extraordinaire qui

justifierait un droit à des IRHT (B. RUBIN, *op. cit.*, ad art. 33 n. 10). Il ressort du reste des demandes d'IRHT présentées au cours de l'année précédente (2013), que le chiffre d'affaires, hormis lors des 1^{er} et 2^{ème} trimestres 2011 (Fr. 1'201'400.- et Fr. 1'088'800.-), a fluctué régulièrement, oscillant entre un minimum de Fr. 349'194.- (3^{ème} trimestre 2013) et de Fr. 743'612.- (1^{er} trimestre 2012) au cours des années 2010 à fin 2013. L'état des commandes indiqué lors de chacun des préavis d'IRHT effectués entre le 14 mai 2012 et le 5 décembre 2013 a également évolué autour des Fr. 100'000.- avec des minima de Fr. 80'000.- (préavis des 12 novembre 2012 et 5 décembre 2013) et un maximum de Fr. 150'000.- (préavis du 13 novembre 2013) au cours de ces mêmes années. Les chiffres indiqués ne permettent donc pas non plus de conclure à un caractère temporaire de la perte de travail invoquée. L'on peut encore relever que l'entreprise en cause a bénéficié pendant toute l'année 2013, ainsi que préalablement pendant quelques mois en 2012 également, d'IRHT en lien avec la crise de l'Euro et les conséquences pour l'économie suisse d'exportation du Franc fort (voir notamment art. 57b OACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, RO 2011 p. 4771, ainsi que directive du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO] "Réduction de l'horaire de travail – Franc fort", publiée en septembre 2011, 033-Bulletin LACI 2013/2). Comme déjà mentionné dans la motivation de la décision rendue par l'intimé le 21 novembre 2013, les mesures prises par la Banque nationale suisse (BNS) visant à limiter les variations du Franc suisse par rapport à l'Euro ont permis de stabiliser le Franc suisse, incitant le SECO à abroger sa directive de septembre 2011 avec effet au 31 décembre 2013. En conséquence, les variations des cours de change des devises sont également à nouveau entrées dans les risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, qui prévoit que les pertes de travail consécutives à de tels risques ne sont pas prises en considération (voir 033-Bulletin LACI 2013/2). Les circonstances évoquées à l'appui du préavis du 5 décembre 2013 constituent un risque normal d'exploitation, inhérent à toute entreprise active dans la même branche (sous-traitance pour l'exportation dans le secteur de la machine-outil) et dans une mesure identique, qu'il n'appartient pas à l'AC de couvrir.

3.2 Les pertes subies par l'entreprise concernée résultant de facteurs d'ordre économique ne sont pas prises en considération, en application de l'art. 33 al. 1 let. a LACI, du fait qu'elles sont, en l'espèce, dues à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que tout employeur doit assumer. L'intimé a ainsi, à juste titre, refusé la nouvelle demande d'IRHT.

4.

4.1 Au vu de ce qui précède, le recours dirigé contre la décision sur opposition du 23 janvier 2014 est mal fondé et doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

4.2 La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA) et il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, ni d'indemnité de partie (art. 61 let. g LPGA; art. 104 al. 1 à 3 et 108 al. 3 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens ou d'indemnité de partie.
3. Le présent jugement est notifié (R):
 - au recourant,
 - à l'intimé,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

et communiqué:

-à B. _____, pour information.

Le président:

La greffière:

e.r.: J. Desy, greffier

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).