

## **GE\_GERICHTE ATAS/1676/2009 vom 22. Dezember 2009**

GE Cour de justice, 2009-12-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1676\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1676_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1676/2009 du 22 décembre 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1676/2009 del 22 dicembre 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance- chômage, LACI ; RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 2**

En vertu de l'art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune. En l'espèce, les recours concernent manifestement une situation identique et une cause juridique commune. Partant, il y a lieu de les joindre.

#### **E. 3**

Interjetés dans les délai et forme prescrits par la loi, les recours sont recevables (cf. art. 56 ss LPGA).

#### **E. 4**

Est litigieuse en l'occurrence la question de savoir si la recourante peut bénéficier d'une indemnité pour réduction de l'horaire de travail pour les employés de ses différentes succursales, à savoir 25 employés au total, pendant la période requise du 1er septembre 2009 au 28 février 2010.

A/4139/2009 - 6/15 -

#### **E. 5**

a) 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 (ci- après l'indemnité) 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 LACI); 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 (art. 31 al. 1 LACI). Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions dérogatoires concernant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail: a. pour les travailleurs à domicile; b. pour les travailleurs dont l'horaire de travail est variable dans des limites stipulées par contrat (art. 31 al. 2 LACI). 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 (art. 31 al. 3 LACI). La perte de travail est prise en considération lorsque: a. elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et que b. elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 LACI). Selon l'art. 33 LACI, une perte de travail n'est pas prise en considération: a. lorsqu'elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise, tels que 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 que l'employeur doit assumer; b. lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi; c. lorsqu'elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne la fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise; d. lorsque le travailleur n'accepte pas la réduction de son horaire de travail et, partant, doit être rémunéré conformément au contrat de travail; e. lorsqu'elle touche des personnes qui ont un emploi d'une durée déterminée, sont en apprentissage ou au service d'une organisation de travail temporaire, ou f. lorsque la réduction de la durée du travail est causée par un conflit collectif de travail au sein de l'exploitation dans laquelle travaille l'assuré (al. 1). Afin d'empêcher des abus, le Conseil fédéral peut prévoir d'autres cas où la perte de

A/4139/2009 - 7/15 - travail n'est pas prise en considération (al. 2). Le Conseil fédéral définit la notion de fluctuation saisonnière de l'emploi (al. 3). L'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI ; RS 837.02) précise qu'est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question. Pour les travailleurs dont le temps de travail est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 OACI). Selon l'art. 46b OACI la perte de travail est suffisamment contrôlable si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1). L'employeur conserve les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2). b) Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. 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 réduction de l'horaire de travail. 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 (p. ex. DTA 1995 n° 20 p. 119 s. consid. 1b; ATF C 179/02 et C 182/02). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé qu'une diminution même importante de l'activité d'une entreprise de placement de personnel fixe et temporaire ne représentait pas une cause extraordinaire

mais était inhérente au risque d'exploitation. De même, dans une situation conjoncturelle difficile pour les finances publiques le report de délais d'ouverture de chantier par des collectivités publiques n'était pas une circonstance exceptionnelle. Les pertes de travail en découlant étaient des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation d'une entreprise de construction (ATF du 18 mars 1997 C 316/96; DTA 1995 n° 20 p. 120 consid. 2b). Il faut considérer que la perte de travail est vraisemblablement temporaire et qu'elle sert à maintenir les emplois tant qu'aucun autre indice concret ne laisse présumer le contraire (ATF 111 V 385). Dans un arrêt publié aux ATF 102 V 185, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, pour un voyageur de commerce jouissant d'une certaine indépendance, la réduction d'activité était incontrôlable et paraissait même illogique et peu

A/4139/2009 - 8/15 - vraisemblable dans des circonstances où la recherche de commandes prenait une importance accrue. c) Le SECO a récemment transmis aux autorités cantonales et aux caisses de chômage agréées les communications suivantes : - La communication intitulée "RHT et crise conjoncturelle" du 9 janvier 2009 dans laquelle le SECO relève qu'en raison du ralentissement conjoncturel qui s'annonce, il y a lieu de s'attendre à une augmentation des demandes d'indemnités en cas de réductions de l'horaire de travail. Il explique que la réglementation légale en vigueur a démontré, lors des précédentes périodes de basse conjoncture, toute son utilité en tant que moyen d'éviter de brusques réductions de personnel. Bien que les expériences faites jusqu'à présent soient positives, il n'en demeure pas moins que, dans la situation actuelle, le droit à l'indemnité doit être examiné à la lumière des conditions fixées par la loi et l'ordonnance, ainsi que selon la circulaire RHT. Les autorités d'exécution doivent en conséquence examiner attentivement si les conditions du droit sont réunies. Le simple renvoi à l'existence d'une crise financière ne suffit pas en soi pour fonder un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Il en va de même lorsqu'une baisse des revenus ne correspond pas à une perte de travail. De ce fait, il y a lieu de vouer une attention toute particulière aux motifs excluant la prise en considération de la perte de travail prévus par la loi, tels que la saisonnalité ou le caractère habituel de la perte de travail dans la branche, la profession ou l'entreprise. - La communication intitulée "RHT prolongation/réduction du délai d'attente/possibilité de perfectionnement professionnel" du 10 mars 2009 dans laquelle le SECO mentionne notamment que la prolongation de la durée d'indemnisation (du 1er avril 2009 au 31 mars 2011) permet d'éviter qu'en raison de la crise de ces derniers mois des travailleurs ne se retrouvent au chômage et garantir aux entreprises une certaine sécurité dans leur planification du travail. - La communication intitulée "RHT motifs conjoncturels et structurels de la perte de travail/risque normal d'exploitation et caractère saisonnier" du 6 novembre 2009 dans laquelle le SECO précise que lorsqu'une perte de travail - recul de la demande/fléchissement économique - sort du cadre habituel et normal fixé par la loi, on est en présence de circonstances extraordinaires qui ne peuvent plus être attribuées au risque normal d'exploitation. De telles circonstances fondent une prise en considération de la perte de travail et un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dans la mesure où les autres conditions y donnant droit sont remplies (circ. RHT, D9, dernière phrase, et D11). Pour de nombreuses entreprises, la crise économique que nous vivons en ce moment a un caractère extraordinaire sortant du cadre de la normalité tel qu'il est décrit précédemment. Le recul de la demande qui en découle peut dès lors être

A/4139/2009 - 9/15 - considéré comme inhabituel et fonder une prise en considération des pertes de travail. d) Selon la circulaire relative à l'indemnité en cas de RHT de janvier 2005

du SECO (circulaire RHT), la vérification du système de contrôle du temps de travail incombe au SECO, par sondage, et peut donner lieu au remboursement de l'indemnité versée à tort (circulaire RHT B35-B36). La LACI ne précise pas la notion de "facteurs d'ordre économiques". La jurisprudence lui donne une interprétation très large qui englobe tant les raisons conjoncturelles que les raisons structurelles à l'origine d'une baisse du carnet de commandes et du chiffre d'affaires. Certaines conditions dont est assorti le droit à l'indemnité, à savoir l'exigence du caractère temporaire (B20 ss) et inévitable (C3 ss) de la perte de travail, et en particulier l'exclusion de certaines personnes du cercle des ayants-droit (D1 ss), visent précisément à éviter que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail puisse servir à retarder les changements structurels nécessaires au sein des entreprises (circulaire RHT C2). La perte de travail imputable à des facteurs d'ordre économique doit aussi être inévitable. 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 si l'on peut mentionner les mesures que l'employeur a omis de prendre (circulaire RHT C3-C4). 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 (circulaire RHT D3). Font partie des risques normaux d'exploitation, les fluctuations régulières du carnet de commande (circulaire RHT D6). S'agissant des facteurs économiques, cette notion comprend aussi bien les facteurs conjoncturels que les facteurs structurels. L'autorité cantonale ne refusera le droit à l'indemnité au motif que la perte de travail pourrait être évitée que si elle peut se fonder sur un nombre suffisant de motifs concrets et mentionner les mesures appropriées que l'employeur a omis de prendre. L'autorité cantonale présumera que la perte de travail est due à des facteurs d'ordre économiques et est inévitable (circulaire RHT G16).

A/4139/2009 - 10/15 - L'autorité cantonale vérifie les conditions du droit à l'indemnité des art. 31 al. 1 let. d., 32 al. 1 let. a, 32 al. 3 et 4, 33 al. 1 let. a, b et f, al. 3 et 36 al. 1 LACI, rend une décision, avec copie à la caisse, laquelle vérifie si les autres conditions du droit à l'indemnité sont remplies (circulaire RHT G16 et G18). En particulier, la caisse examine si les conditions personnelles fixées aux art. 51 al. 3 et 32 al. 1 let. b sont remplies (art. 39 al. 1 LACI). e) Selon la doctrine, l'examen du caractère temporaire de la réduction de l'horaire de travail doit être fait de manière prospective, c'est-à-dire en se plaçant au moment où l'indemnité est demandée. Tant qu'il n'existe pas de faits ou d'éléments concrets qui indiquent le contraire, on doit présumer que la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et que des emplois pourront être maintenus (B. RUBIN, Assurance-chômage, 2006 p. 483). Ce qu'il faut comprendre par facteurs d'ordre économique est assez difficile à déterminer. Il peut s'agir tant de facteurs structurels que de facteurs conjoncturels. Tous deux font en effet partie des facteurs liés à l'économie. Ces derniers ne s'excluent nullement et sont, au demeurant, souvent imbriqués l'un dans l'autre. Le chômage conjoncturel est engendré par la déficience de la demande globale qui résulte des faibles dépenses des consommateurs, des gouvernements et des investisseurs. Le chômage structurel touche les travailleurs qui ne répondent pas ou plus aux exigences du marché de travail. (B. RUBIN op-cit p. 17 et 492). En définitive, la distinction entre motifs

d'ordre conjoncturel et motifs d'ordre structurel, certes importante, n'est en réalité pas décisive. Lorsque la réduction de l'horaire de travail trouve son origine dans des problèmes d'ordre structurel, il semble inévitable que des licenciements auront lieu dans le futur. Un appareil de production qui n'est plus adapté ni concurrentiel doit être changé, faute de quoi l'entreprise sera en péril tôt ou tard, indépendamment d'une éventuelle intervention de l'assurance-chômage. La distinction devrait dès lors être faite dans une grande mesure sous l'angle du caractère temporaire de la réduction de l'horaire de travail. (B. RUBIN op-cit p. 494)

## **E. 6**

En l'espèce, il résulte des pièces produites que le chiffre d'affaires de la recourante en 2007, pour toutes les succursales de Genève impliquées dans la présente procédure, était de 40'389'478 fr. en 2007. Il était de 37'705'204 fr. en 2008 et, en tenant compte d'une estimation pour les mois de novembre et décembre, de 25'454'956 fr. en 2009. Cela représente par rapport à 2007 une baisse de 37 % et par rapport à 2008 une baisse de 32,48 %. Toutefois, pour les mois d'août à octobre les baisses étaient particulièrement importantes. En effet, pour août, elles étaient par rapport au même mois de l'année 2007 de 47,11 % et pour 2008, de 45,68 %. En septembre, la baisse était de 51,98 % par rapport à 2007 et de 46 % par rapport à 2008. En octobre, ces chiffres étaient de respectivement 61,39 % et 53,23 %.

A/4139/2009 - 11/15 - Par ailleurs, le volume des commandes au 10 novembre 2007 était de 5'818'511 fr., au 10 novembre 2008 de 4'467'591 fr. et au 10 novembre 2009 de 3'597'809 fr. Il appert ainsi que le volume des commandes en 2009 a baissé de 38,17 % par rapport à 2007 et de 19,47 % par rapport à 2008. Il sied de constater que la baisse des chiffres d'affaires coïncide avec le début de la crise économique. En effet, c'est à partir de septembre 2008 que le chiffre d'affaires a constamment baissé. Il est par ailleurs peu vraisemblable que cette baisse soit essentiellement due à des motifs structurels, soit notamment au fait que de plus en plus de voyages soient réservés sur internet. En effet, comme le relève la recourante, ce phénomène s'observe déjà depuis plusieurs années. De surcroît, elle semble s'être adaptée à cette situation, en ouvrant plusieurs portails sur internet. Au vu de l'évolution du chiffre d'affaires des succursales de la recourante, le Tribunal de céans estime vraisemblable que la baisse de ces chiffres est due à la crise économique et non pas à des raisons structurelles. Il ne saurait non plus s'agir de fluctuations régulières et saisonnières du carnet de commande, les baisses étant constatées sur toute une année. Cependant, l'intimé estime qu'une perte de travail n'est pas démontrée, la recourante ayant notamment indiqué que la durée moyenne des séjours s'était fortement raccourcie et que les clients préféraient des voyages plus brefs et plus avantageux vers des destinations plus proches. L'intimé en conclut que la recourante ne vend pas moins de voyages, mais des voyages moins chers, de sorte que le travail de ses employés n'a pas diminué. Toutefois, la recourante allègue également que la baisse du chiffre d'affaires est due à la chute subite et inhabituellement élevée des réservations et non pas uniquement au changement de comportement des consommateurs. Cette allégation paraît tout à fait vraisemblable. En outre, il est probable que l'organisation d'un voyage lointain demande plus de travail que celle d'un voyage pour une destination plus proche. L'intimé estime par ailleurs que la perte de travail effective n'est pas établie, notamment du fait que l'horaire des agences est resté inchangé. De l'avis du Tribunal de céans, cela ne s'oppose pas à une réduction de l'horaire de travail de 25 % des collaborateurs, telle que requise, lorsque plusieurs employés travaillent dans la même agence, comme c'est le cas en

l'espèce. On ne voit enfin pas pourquoi l'intimé ne serait pas en mesure de contrôler la réduction de travail effective. En ce qui concerne l'argument selon lequel les travailleurs dont la présence constante est nécessaire pour raison de promotion commerciale ou de contact avec la clientèle ne peuvent réduire leurs horaires de présence sans mettre en péril la pérennité de l'entreprise, il convient de relever que les employés des différentes

A/4139/2009 - 12/15 - agences de voyages ne font pas du racolage de clients en-dehors de leur bureau. Il s'agit uniquement de vendeurs de voyages. Or, il paraît tout à fait plausible qu'un nombre moins élevé d'employés est nécessaire dans une agence de voyages, lorsque la demande baisse, sans perturber le fonctionnement de l'entreprise. Dans sa décision dont est recours, l'intimé fait aussi état d'un article de journal, selon lequel le nombre de réservations sur les vols charter au départ de l'aéroport de Genève était en hausse de 40 % par rapport à la même période de l'année dernière. Cependant, indépendamment du fait que l'intimé ne produit pas l'article de journal en cause, une éventuelle hausse des vols charter semble être compensée le cas échéant par des pertes encore plus importantes subies dans d'autres secteurs, au vu de la baisse du chiffre d'affaires en 2009. Cela étant, il convient d'admettre que la recourante a dûment établi qu'elle subit une perte de travail effective due à la crise économique. S'agissant d'une baisse du chiffre d'affaires et d'une perte de travail temporaires dues à la crise économique, il n'y a par ailleurs pas lieu de douter que l'octroi des indemnités de réduction de l'horaire de travail permettra de maintenir les emplois, en attendant la reprise. Cela étant, le Tribunal de céans admettra que la recourante a rendu plausible que les conditions des art. 31 al. 1 et 32 al. 1 let a LACI sont remplies.

#### **E. 7**

Reste à déterminer à partir de quel moment la recourante pourrait bénéficier d'une réduction de l'horaire de travail. Aux termes de l'art. 36 al. 1 LACI, l'employeur qui a l'intention de prétendre l'indemnité en faveur de ses travailleurs est tenu d'en aviser par écrit l'autorité cantonale dans les dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Selon l'al. 2 de cette disposition, il doit indiquer dans ce préavis le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail (let. a), l'ampleur de la réduction de l'horaire de travail, ainsi que sa durée probable (let. b) et la caisse auprès de laquelle il entend faire valoir le droit à l'indemnité (let. c). L'art. 36 al. 3 LACI prescrit que l'employeur doit justifier la réduction de l'horaire de travail envisagée et rendre plausible que les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies, à l'aide des documents prescrits par le Conseil fédéral. L'autorité cantonale peut exiger d'autres documents nécessaires à l'examen du cas. En vertu de l'art. 58 al. 1 OACI, le délai de préavis en cas de réduction de l'horaire de travail est exceptionnellement de trois jours, lorsque l'employeur prouve que la réduction de l'horaire de travail doit être instaurée en raison de circonstances subites et imprévisibles. Selon l'art. 58 al. 4 OACI, lorsqu'un employeur a annoncé tardivement et sans excuse valable la réduction de son horaire de travail, la perte de

A/4139/2009 - 13/15 - travail n'est prise en considération qu'à partir du moment où le délai imparti pour le préavis s'est écoulé. Quant aux documents à remettre, l'art. 59 OACI prescrit que l'employeur doit fournir une présentation succincte des circonstances qui nécessitent la réduction de l'horaire de travail, ainsi qu'une analyse des perspectives économiques à court terme de l'entreprise (let. a), le nombre des travailleurs dont le contrat a été résilié ou le sera prochainement (let. b) et tous les autres documents exigés par l'autorité cantonale (let. c). Le délai de préavis de dix jours constitue un délai péremptoire et donc une condition formelle

dont dépend le droit à l'indemnité (DTA 1985 p. 45 s.). Concernant le début du délai de préavis, il commence à courir le jour où le préavis est posté, conformément à l'art. 39 al. 1 LPGA, selon lequel les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou à son adresse, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (cf. aussi circulaire RHT G7).

#### **E. 8**

En l'espèce, la recourante a envoyé le préavis pour ses différentes succursales le vendredi 21 août 2009 et l'intimé l'a reçu le lundi 24 août 2009. Partant, ce préavis a été en principe donné à temps pour l'octroi d'une indemnité de réduction de travail à partir du 1er septembre 2009. Cependant, l'intimé estime que ce préavis ne peut être pris en considération qu'à partir du moment où le dossier est complet, ce qui n'était le cas que le 16 septembre 2009. Cet avis ne saurait être suivi. En effet, selon la circulaire RHT, le délai de préavis est également considéré comme respecté lorsque l'employeur a annoncé la réduction de l'horaire de travail par lettre ou par courriel, à savoir d'une façon non conforme à la loi (G1).

#### **E. 9**

Au vu de ce qui précède, les recours doivent être admis.

\*\*\*

A/4139/2009 - 14/15 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.