

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1850/2009

ATAS/1382/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 16 novembre 2009

En la cause

SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE SECO, Effingerstrasse
31, 3003 Berne

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, service juridique, Glacis-
de-Rive 6, case postale 3039, 1211 Genève 3

intimés

X_____ SA, à Genève, comparant avec élection de domicile
en l'étude de Maître DE MITRI Alain

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Juliana BALDE, Karine STECK, Doris
WANGELER et Isabelle DUBOIS, Juges; Teresa SOARES et Luis ARIAS,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 3 mars 2009, la société X_____ SA, à Genève (ci-après : la société), créée le 15 janvier 2003, spécialisée dans la vente de lunettes (x_____, lunettes de soleil, articles de lunetterie), a déposé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT), pour toute l'entreprise, laquelle compte seize contrats de travail de durée indéterminée, dès le 15 mars 2009, jusqu'au 31 décembre 2009 avec un taux probable de perte de travail par mois de 25 %, touchant huit contrats de travail.

Elle a expliqué que, créée en 2003, elle avait obtenu de bons résultats jusqu'en 2008, puis subi une forte baisse dans la prise de commandes, opérée par les représentants auprès de clients dans toute la Suisse et cela en raison de "la crise économique que tout le monde connaît". Les rendez-vous quotidiens avaient passé de quatre à cinq à un à deux. Elle avait le choix entre licencier un grand nombre de représentants, ce qui entraînerait toutefois une perte de ventes quotidiennes et en conséquence le licenciement de personnes au service administratif, ou de requérir une RHT de 50 % de six commerciaux sur neuf et de deux administratifs sur sept. Elle a joint l'approbation signée de la RHT par huit employés, soit deux collaborateurs administratifs (Mmes B_____ et C_____) et six représentants (MM. D_____ et E_____, Mmes F_____, G_____, H_____ et I_____), selon l'organigramme de la société.

2. Par décision du 10 mars 2009, le bureau emploi-entreprises de l'OCE a fait partiellement opposition au préavis de réduction de l'horaire de travail et admis que la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la Caisse) pouvait octroyer l'indemnité pour la période du 15 mars au 15 juin 2009 à toute l'entreprise, pour six collaborateurs commerciaux et deux administratifs, en relevant que la société subissait une perte de travail due à des facteurs d'ordre économique et inévitable et que cette réduction était vraisemblablement temporaire et permettrait de maintenir les emplois concernés.
3. Le 1^{er} avril 2009, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO) a fait opposition à cette décision en concluant à son annulation et en faisant valoir que la société était essentiellement constituée de représentants, lesquels cherchaient de nouvelles commandes, activité qui devait être maintenue pour que la société fonctionne (promotion commerciale et contact avec la clientèle). La perte de travail ne pouvait de plus être quantifiée.
4. Le 30 avril 2009, la société a conclu au rejet de l'opposition en faisant valoir que le SECO ne s'était pas prononcé sur la RHT accordée aux collaborateurs administratifs, étant précisé que le préavis concernait trois de ces collaborateurs. Par ailleurs, les collaborateurs commerciaux n'étaient pas principalement en recherche de nouveaux clients, ceux-ci, soit des magasins de lunettes, étant déjà

acquis à la société. L'activité professionnelle des collaborateurs commerciaux pouvait être réduite dans une mesure contrôlable.

5. Par décision du 6 mai 2009, l'OCE a rejeté l'opposition du SECO en considérant que l'activité des représentants, soit l'enregistrement des nouvelles collections auprès de clients déjà acquis, ne tombait pas sous le coup des jurisprudences C 309/95 et ATF 102 V 185 citées par le SECO.
6. Le 27 mai 2009, le SECO a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation et en relevant qu'il semblait difficile de donner des indemnités RHT alors que la société devait continuer à rechercher de nouvelles commandes et que la perte de travail au sens formel des représentants ne pouvait être quantifiée, ce d'autant que les travailleurs dont la présence constante était nécessaire pour raisons de promotion commerciale ou de contact avec la clientèle ne pouvaient réduire leur horaire de présence sans mettre en danger la pérennité de l'entreprise, voire leur place de travail. Même si la clientèle était acquise, la réduction de l'activité professionnelle des représentants de la société était incontrôlable. Au demeurant, la société ne disposait d'aucun système d'enregistrement du temps de travail, ce qui ne permettait pas le contrôle de la perte de travail. Enfin, la situation conjoncturelle tendue touchait chaque employeur de sorte qu'il fallait éviter que l'assurance-chômage n'entrave la concurrence par une redistribution des coûts et des revenus à des entreprises structurellement fortes à celles qui l'étaient moins.
7. Le 24 juin 2009, l'OCE a conclu au rejet du recours en relevant que l'activité des représentants de la société ne consistait pas dans la prospection de nouveaux clients et qu'il était possible à la société de faire travailler en alternance ses commerciaux sans mettre en danger la pérennité de l'entreprise. Le caractère non contrôlable de la perte de travail n'avait pas à être examiné par l'OCE mais par les caisses de chômage.
8. Le 24 juin 2009, la société a conclu au rejet du recours en relevant que le SECO ne faisait à tort toujours pas de différence entre les représentants et les collaborateurs administratifs. Un employé administratif et un employé commercial avaient dû être licenciés avec effet au 31 juillet 2009 (deux mois de préavis), ce qui démontrait que la perte de travail était bien due à des facteurs d'ordre économique inévitable et qu'elle était d'ailleurs inhabituelle dans la branche. S'agissant de la perte de travail, elle consistait en une nette diminution des commandes de la part des clients d'ores et déjà constitués. C'était la première fois depuis la création de la société qu'un tel effondrement du marché était constaté en Suisse comme dans le reste du monde. S'agissant du contrôle, la loi prévoyait la possibilité d'établir un relevé quotidien. Il n'y avait pas d'entrave à la concurrence, le marché étant dicté par la volonté des consommateurs d'acquiescer ou renoncer à l'achat de lunettes de soleil, soit un bien de consommation qui n'était pas de première nécessité.

9. Le 21 juillet 2009, le SECO a répliqué en faisant valoir que les fluctuations de clientèle dans le secteur tertiaire étaient habituelles et faisaient partie des risques normaux d'exploitation. Une crise économique générale et durable n'était pas un risque anormal ou extraordinaire. Une réduction de la demande ou de la clientèle n'avait rien d'exceptionnel de sorte que chaque employeur ne pouvait requérir une indemnité RHT dès que ses commandes se raréfiaient. Les versements d'indemnités RHT étaient contrôlés exclusivement par le secteur TCIN du SECO, par sondage. Un système d'enregistrement du temps de travail était nécessaire, faute de quoi l'entreprise contrôlée s'exposait à devoir rembourser les indemnités versées. Enfin, un horaire mobile n'était admissible que si l'entreprise disposait d'un règlement écrit et qu'elle l'appliquait depuis un certain temps déjà.
10. Le 2 novembre 2009, le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle. Le SECO ne s'est ni présenté ni excusé.

Le directeur de la société a déclaré :

"Actuellement la société a 11 employés, soit 6 représentants et 5 administratifs. J'ai dû licencier 3 personnes pour fin août 2009 et 2 autres pour fin décembre 2009. Il y a une légère reprise des commandes actuellement mais nos clients disposent encore d'un stock de marchandises de sorte qu'ils ne passeront de nouvelles commandes qu'après avoir écoulé le stock. Je vois l'avenir positivement en tous les cas dès avril 2010 quand la saison solaire reprend. Le problème dans le secteur de l'optique c'est qu'il ne s'agit pas de bien de première nécessité. Les clients qui ont déjà une paire de lunettes, peuvent attendre avant d'en acquérir une autre. Notre société est une des rares sociétés en Suisse à disposer d'un stock de marchandises. Nous sommes connus pour avoir un très bon service auprès de nos clients, de sorte que ceux-ci s'adresseront à nous rapidement dès qu'il pourront passer de nouvelles commandes. A partir d'août 2010 nous devrions acquérir deux nouvelles licences, soit deux nouvelles marques de lunettes, ce qui augmentera notre offre. Cela fait 25 ans que je travaille dans le domaine et je n'ai jamais vécu une telle crise. Auparavant je travaillais avec la société X_____. Le salaire mensuel brut d'un représentant est en moyenne de 5'500.- et celui d'un administratif de 5'000.-. Deux représentants qui ont beaucoup d'années d'expérience gagnent environ 8'000.- par mois. Nos représentants travaillent en contactant nos clients soit par téléphone soit en passant les voir directement. Ils ne recherchent pas particulièrement à augmenter la clientèle car nous travaillons depuis de nombreuses années avec des clients fidèles. Ils me font un rapport écrit journalier sur les rapports avec la clientèle. Je connais moi-même cette clientèle depuis de nombreuses années soit également pendant la période où je travaillais pour X_____. Par exemple nous vendions d'habitude 700 paires de lunettes pour Y_____ à Zürich alors qu'en 2009 nous n'en avons vendu que 200 environ. Nous vendons tant des lunettes de soleil qu'optiques. Entre 2003 et 2009 nous avons toujours eu de quoi donner du travail à 9 représentants qui sont engagés à plein temps. Il y a des mois où nous vendons

moins que d'autres comme juillet, août et décembre. Sinon le volume des commandes est assez régulier. Il existe principalement trois-quatre autres sociétés qui sont nos concurrents directs. Je sais qu'une société italienne va très mal, en revanche une autre société qui vend la marque Z_____, notamment moins chère que certaines marques que nous vendons arrive à se maintenir. J'estime avoir besoin de l'aide financière de l'OCE entre mai 2009 et mai 2010 environ. J'estime que la diminution des commandes que nous subissons et uniquement due à la crise économique actuelle qui a entraîné une chute brutale des commandes. Je précise qu'une deuxième demande d'indemnités a été faite pour la période juillet 2009 - janvier 2010 laquelle est en cours auprès de l'OCE. Les formulaires relatifs à la première demande ont été envoyés à la Caisse. Les personnes suivantes ont été licenciées : M. D_____, Mme B_____, Mme H_____, Mme F_____ et Mme J_____, les deux dernières personnes licenciées étant M. D_____ et Mme B_____. J'ai été très triste de devoir licencier ces deux dernières personnes qui travaillent depuis très longtemps pour la société, soit également pour X_____ qui ne retrouveront pas facilement du travail. Je précise que Mme J_____ est une employée administrative. Nous sommes la seule société domiciliée à Genève dans le domaine de la fourniture optique. La baisse des commandes est d'environ 30 à 35 %. Je précise que notre clientèle actuelle représente 90 % des magasins d'optique. Nous ne pouvons étendre notre cercle de clientèle sans prendre le risque de perdre certains des clients déjà acquis. En effet, certains de nos clients n'achèteraient plus nos produits si nous acceptions de livrer leur concurrent direct également".

La représentante de l'OCE a déclaré :

"La Caisse verse en principe l'indemnité à toutes les personnes qui n'ont pas été licenciées pendant la période concernée. Cette année nous avons eu beaucoup de demandes RHT. Nous avons estimé que la baisse des commandes dans ce cas-ci dépassait le risque normal d'exploitation. Je précise que la demande de prolongation jusqu'à janvier 2010 a été acceptée par l'OCE et que le SECO a fait opposition. S'il y a une baisse de commandes sans perte de travail l'indemnité ne sera pas accordée même si l'entreprise invoque la crise économique. En particulier il se peut que l'entreprise subisse une perte de chiffre d'affaire sans perte de travail".

11. A la demande du Tribunal de céans, la société a produit le 4 novembre 2009 les bilans et comptes de pertes et profits 2005-2006 et un tableau récapitulatif des revenus et frais 2008-2009.
12. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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'article 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.

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. L'objet du litige porte sur le droit de l'intimée à l'indemnité en cas de RHT pour la période du 15 mars au 15 juin 2009, pour huit collaborateurs de la société.
4. a) S'agissant de l'indemnité en cas de RHT, la LACI prévoit notamment ce qui suit :

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); 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).

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).

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).

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).

Selon l'art. 33, 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 travail n'est pas prise en considération (al. 2). Le Conseil fédéral définit la notion de fluctuation saisonnière de l'emploi (al. 3).

Lorsqu'un employeur a l'intention de prétendre à l'indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser par écrit l'autorité cantonale dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le Conseil fédéral peut prévoir des délais plus courts pour des cas exceptionnels. Le préavis sera renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de six mois (art. 36 al. 1).

Dans le préavis, l'employeur doit justifier la réduction de l'horaire de travail envisagée et rendre plausible, à l'aide des documents prescrits par le Conseil fédéral, que les conditions dont dépend le droit à l'indemnité, en vertu des art. 31, al. 1, et 32, al. 1, let. a, sont réunies. L'autorité cantonale peut exiger d'autres documents nécessaires à l'examen du cas (art. 36 al. 3).

L'OACI 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 n'est suffisamment contrôlable que 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, 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 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 1^{er} 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, ch. marg. D9, dernière phrase et ch. marg. 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 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 (ch. marg. B20 ss) et inévitable (ch. marg. C3 ss) de la perte de travail, et en particulier l'exclusion de certaines personnes du cercle des ayants droit (ch. marg. 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).

Le fait qu'un employeur n'ait qu'un seul client ne suffit pas à lui nier le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au motif que la baisse du carnet de commandes fait partie du risque normal d'exploitation. L'autorité cantonale devra s'opposer ultérieurement au versement de l'indemnité si l'entreprise ne rend pas vraisemblable que ce client lui passera prochainement de nouvelles commandes qui lui permettront de travailler à plein régime ou qu'elle trouvera de nouveaux débouchés (circulaire RHT D5).

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).

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 RHT 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 RHT 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. La LACI ne précise pas cette notion, qui est pourtant fondamentale pour les organes d'exécution. 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 RHT 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 RHT. (B. RUBIN op-cit p. 494)

5. a) En l'espèce, il convient d'examiner si les conditions du droit à l'indemnité RHT, dont l'examen entre dans la compétence de l'OCE, sont remplies.

Il n'est tout d'abord pas contesté que la perte de travail invoquée n'est pas due à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à d'autres circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur (art. 32 al. 3 LACI), ni causée par un conflit collectif de travail (art. 33 al. 1 let. f LACI), ou due à des fluctuations saisonnières de l'emploi (art. 33 al. 3 LACI). Par ailleurs, le secteur d'exploitation est bien assimilable à une entreprise (art. 32 al. 4 LACI) et l'employeur a annoncé la RHT en respectant le délai de préavis (art. 36 al. 1 LACI).

Reste ainsi à examiner si la perte de travail est temporaire (art. 31 al. 1 let. d LACI), est due à des facteurs économiques, est inévitable (art. 32 al. 1 let. c LACI), fait partie des risques normaux d'exploitation (art. 33 al. 1 let. a LACI) et est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise (art. 33 al. 1 let. b LACI).

b) La société a fait valoir que la diminution des commandes qu'elle subissait était due à la crise économique mondiale que tout le monde connaissait. Entendu en audience de comparution personnelle des parties, le directeur de la société a précisé qu'il envisageait une amélioration pour avril 2010, au moment où la saison solaire reprend et où le stock de marchandises des clients sera écoulé de sorte qu'ils commanderont à nouveau et dès l'été 2010 en raison de l'acquisition de deux

nouvelles licences (marques de lunettes), que le volume des commandes était d'habitude régulier (et comprenait une baisse récurrente des commandes en juillet, août et décembre), que la crise économique actuelle avait entraîné une chute brutale des commandes d'environ 30-35 %, qu'il travaillait dans le domaine de l'optique depuis 25 ans et qu'il n'avait jamais vécu une telle crise, qu'enfin la société travaillait avec une clientèle maximale représentant 90 % des magasins d'optique et que le cercle de cette clientèle ne pouvait être étendu au risque de perdre des clients en raison de la concurrence entre les différents magasins.

Le SECO évoque tout d'abord une impossibilité de prendre en compte une perte de travail dès lors qu'elle est le fait de représentants de la société, lesquels ne peuvent, pour des raisons de promotion commerciale et de contact avec la clientèle, réduire leurs horaires de présence sans mettre en danger la pérennité de l'entreprise. A cet égard, il appert que la jurisprudence citée par le SECO relativement au voyageur de commerce (ATF 102 V 185) n'est pas applicable en l'espèce, le directeur de la société ayant expliqué qu'il travaille depuis de nombreuses années - soit même antérieurement à la constitution de la société en 2003, en particulier lors de son emploi auprès de la société précédente DJO X_____ - avec une liste de clients fidèles, laquelle ne pouvait s'étendre, puisque correspondant déjà aux 90 % des magasins d'optique. Il a clairement exprimé que, pour des raisons de concurrence entre les clients, de nouveaux démarchages étaient inutiles, et se révéleraient même contreproductifs. En conséquence, la situation de la société est différente de celle employant des voyageurs de commerce, en quête de nouveaux clients et il n'y a dès lors pas lieu d'exclure le droit à l'indemnité de cette dernière au motif qu'il se rapporte à une perte de travail de ses représentants.

Quant à l'argument concernant le caractère incontrôlable de la perte de travail des représentants il n'est pas pertinent dans le cadre de l'examen du droit à l'indemnité par l'OCE, et donc du présent litige, et incombe, comme le relève l'intimé, au SECO, à l'occasion de sondages.

Par ailleurs, il convient de relever que le SECO ne s'est jamais prononcé sur le bien-fondé du droit à l'indemnité relativement aux deux employés administratifs, pour lesquels la question de l'application de la jurisprudence précitée sur le voyageur de commerce ne s'applique pas.

Enfin, il convient de constater que la perte de travail annoncée est manifestement due à des facteurs d'ordre économique, est inévitable et ne fait pas partie des risques normaux d'exploitation de l'entreprise ni n'est habituelle dans la branche de l'optique au sens des arts. 32 al. 1 et 33 al. 1 LACI.

En effet, au vu de la définition large de la notion de facteurs d'ordre économiques et de la récente précision du SECO lui-même (communication du 6 novembre 2009) selon laquelle il faut considérer que la crise économique actuelle a un caractère

extraordinaire et le recul de la demande qui en découle un caractère inhabituel, la perte de travail pour les six représentants et les deux employés administratifs annoncés, survenue à la suite de la chute brutale des commandes, doit être considérée comme due à des facteurs économiques et comme étant inévitable, inhabituelle dans la branche concernée et sans lien avec les risques normaux d'exploitation de l'entreprise.

A cet égard, force est de constater que l'argument du SECO selon lequel il faut éviter que l'intervention de l'assurance-chômage, en cas de situation conjoncturelle tendue, n'entrave la concurrence par une redistribution des coûts et des revenus des entreprises structurellement fortes à celles qui le sont moins (recours p. 3) n'est pas pertinent, particulièrement au regard de la communication du SECO lui-même du 6 novembre 2009 précitée.

Par ailleurs, en particulier pour la société en cause, le directeur a confirmé que le volume des commandes était régulier chaque année, (avec une baisse connue pour les mois de juillet, août et décembre) et que, présent dans le domaine de l'optique depuis vingt-cinq ans, il n'avait jamais vécu une pareille crise, se traduisant par une chute brutale des commandes telle que celle que la société connaissait actuellement, ce qui ne fait que confirmer le caractère inhabituel de la situation, aucun indice ne permettant en outre de considérer que le volume des commandes de la société aurait subi de telles variations brutales dans le passé. Ceci est vrai en particulier au regard des pièces comptables fournies par la société, lesquelles attestent que le produit des ventes a évolué de 3'553'377 fr. 20 en 2005, 3'997'573 fr. 71 en 2006, 4'159'664 fr. 24 en 2007, 3'786'347 fr. 94 en 2008 à 2'540'513 fr. 78 du 1^{er} janvier au 30 septembre 2009, avec, selon la société, un chiffre d'affaire total prévu au 31 décembre 2009 de 2'900'000 fr., correspondant effectivement à une perte d'environ 30 % des ventes en 2009 par rapport aux années antérieures.

Enfin, au vu de la jurisprudence selon laquelle le caractère temporaire de la perte de travail est présumé ainsi que des déclarations précises et cohérentes du directeur de la société quant à une reprise vraisemblable des commandes dès le printemps / été 2010, aucun indice concret ne permet de nier, en l'espèce, l'existence du caractère temporaire de la perte de travail annoncée.

6. Au vu de ce qui précède, il convient de confirmer la décision de l'OCE du 10 mars 2009 laquelle admet que les conditions du droit à l'indemnité sont remplies pour les huit employés suivants de la société, Mmes B _____, C _____ - BYKOVA, F _____, G _____, H _____ et I _____ et MM. D _____ et E _____ et cela pour la période du 15 mars au 15 juin 2009 et de rejeter en conséquence le recours du SECO, étant relevé qu'il incombera à la Caisse d'examiner les autres conditions du droit à l'indemnité, en particulier de déterminer si l'indemnité peut être allouée pour Mmes H _____ et

F_____ dès lors qu'elles ont toutes deux été licenciées par la société pour fin août 2009.

7. Vu l'issue du litige, une indemnité de 2'500 fr. sera allouée à la société DJO-X_____ SA, à charge du SECO.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à l'art. 56 U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Condamne le SECO a verser à DJO-X_____ SA une indemnité de 2'500 fr.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nancy BISIN

Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le