

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1857/2009

ATAS/1601/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 27 novembre 2009

En la cause

X _____ SARL, sise à Genève

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis
Glacis-de-Rive 6, 1207 Genève

intimé

Siégeant : Jean-Louis BERARDI, Président suppléant; Juliana BALDE, Karine STECK, Maya CRAMER, Isabelle DUBOIS, Doris WANGELER, Juges, Christine TARRIT-DESHUSSES et Violaine LANDRY-ORSAT, Juges assesseurs

EN FAIT

1. X_____ SA est active dans le domaine de la fourniture et de la pose de carrelages et revêtements. En 2002, afin de séparer l'administration de l'exploitation, ses dirigeants ont créé X_____ Sàrl, bureau de conseil et gestion du personnel dans le domaine de la construction.
2. Par préavis du 13 mars 2009, complété le 20 mars suivant, X_____ SA a annoncé à l'Office cantonal de l'emploi (OCE) son intention d'introduire la réduction de l'horaire de travail de 22 collaborateurs (sur 24) à raison de 80% entre le 1^{er} avril et le 30 septembre 2009. Dans sa demande, elle a exposé qu'elle disposait d'une bonne équipe et qu'il serait dommage de la démanteler. Après une relance depuis 2002, la profession traversait maintenant un creux. Par ailleurs, l'entreprise était confrontée à une baisse d'activité due à la réduction chronique du démarrage des chantiers suite aux oppositions continuelles faites aux autorisations de construire dans le canton de Genève, « et pour lesquelles le gouvernement faisait preuve d'un certain laxisme ». Dans ces conditions, elle estimait que la diminution de son chiffre d'affaires n'était pas due à un risque normal d'exploitation. L'entreprise avait en outre dû procéder à des baisses drastiques de prix pour « décrocher du travail contre des ouvriers indépendants, ayant des frais généraux minimum ». Toutefois, compte tenu du manque de logements dans la région et des récentes soumissions qui devraient se concrétiser par des adjudications, la perte de travail ne devrait être que passagère, vu par ailleurs « le nombre d'autorisations de construire délivrées par le D.C.T.I qui n'ont pas encore démarré ». La société a encore précisé qu'elle n'était pas exposée à des risques économiques plus grands que les autres employeurs actifs dans la branche.

Par décision du 25 mars 2009, l'OCE a fait opposition audit préavis, motif pris que la perte de travail due aux oppositions en matière d'autorisation de construire constituait une circonstance inhérente au risque normal d'exploitation pour toute entreprise active dans le domaine du bâtiment.

Cette décision a été confirmée par décision, sur opposition, de l'OCE, Service juridique, du 31 mars 2009, puis par arrêt du Tribunal de céans de ce jour (cause A/1856/2009),

3. Dans un préavis du 13 mars 2009, X_____ Sàrl a annoncé à l'OCE son intention d'introduire la réduction de l'horaire de travail de 6 collaborateurs (sur 6) à raison de 80% entre le 1^{er} avril et le 30 septembre 2009.

En 2007 et en 2008, le chiffre d'affaires de la société s'est élevé à 896'841 fr., respectivement à 717'963 fr. (montant provisoire). Pour janvier 2009, le chiffre d'affaires était de 52'230 fr.

4. Dans un courrier du 20 mars suivant, la société a précisé qu'étant une émanation de X_____ SA, « les raisons de la perte de travail était dues aux mêmes raisons que pour X_____ SA ». Toutefois, certaines discussions concernant l'acquisition de marchés auprès de divers architectes lui permettraient sans doute de ne pas dépasser environ 30 à 40% de chômage technique.
5. Par décision du 25 mars 2009, l'OCE a fait opposition audit préavis, motif pris que la perte de travail due aux oppositions en matière d'autorisation de construire constituait une circonstance inhérente au risque normal d'exploitation pour toute entreprise active dans le domaine du bâtiment.
6. Le 31 mars 2009, X_____ SA (représentant implicitement X_____ Sàrl) s'est opposée à cette décision. Elle a fait valoir qu'elle avait déjà eu recours, en 1994 et en 2000, à la réduction de l'horaire de travail, pour le même motif. En outre, une lettre-circulaire émanant conjointement du Département de l'économie et de la santé et du Département de la solidarité et de l'emploi, émise en mars 2009, demandait aux dirigeants des entreprises genevoises de recourir au chômage partiel, en attendant un redémarrage des activités, plutôt qu'à des licenciements.
7. Par décision du 6 mai 2009, l'OCE, Service juridique, a rejeté l'opposition, estimant que la société n'avait apporté aucun élément nouveau pertinent. En particulier, le fait d'avoir bénéficié par le passé d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ne suffisait pas à déterminer si les conditions d'octroi desdites indemnités étaient remplies dans le présent cas. Par ailleurs, la lettre-circulaire en cause ne constituait qu'une information destinée à attirer l'attention des dirigeants des entreprises genevoises sur l'existence des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail et non pas des garanties quant à l'octroi de ces indemnités. En outre, le fait que les oppositions faites aux autorisations de construire soient systématiques dans le canton de Genève n'était pas une situation nouvelle et imprévisible et était susceptible de toucher tous les employeurs de la branche. Au demeurant, il n'était pas démontré ni expliqué en quoi et de quelle manière les retards des chantiers de X_____ SA entraînaient une perte de travail pour les collaborateurs de X_____ Sàrl.
8. Par recours du 26 mai 2009, posté le 28 mai suivant, la société a saisi le Tribunal de céans, en faisant en substance valoir qu'elle ne comprenait pas la différence de traitement « entre une entreprise du bâtiment et une entreprise individuelle qui elle peut organiser une réduction d'horaire ». « Selon les décisions d'opposition qui nous ont été communiquées, il apparaît logiquement qu'une entreprise industrielle peut également s'attendre à une baisse de commandes en cas de crise économique ». Elle a encore sollicité « une entrevue afin que vous puissiez nous expliquer clairement pourquoi certaines entreprises sont plus privilégiées que d'autres ».

9. Dans sa réponse du 24 juin 2009 (transmise le 7 juillet à la recourante, pour information), l'OCE, Service juridique, a conclu au rejet du recours. Cet office a tout d'abord relevé que le recours ne contenait aucun élément permettant de revenir sur la décision querellée. Par ailleurs, s'il était exact que toute entreprise, indépendamment de son secteur d'activité, pouvait s'attendre à une baisse de commandes en cas de crise économique, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral considérait que les pertes de travail dues, dans le secteur de la construction, à la nécessité de différer des travaux en raison du retard lié à une procédure d'opposition pendante faisait partie intégrante du risque normal d'exploitation que l'employeur devait assumer. Or la société avait précisément motivé son préavis de réduction de l'horaire de travail par la réduction chronique du démarrage des chantiers suite aux oppositions faites aux autorisations de construire.
10. Par courrier du 21 août 2009, se référant à la communication du Tribunal de céans du 7 juillet précédent, la recourante s'est limitée à indiquer qu'elle restait en attente « d'un jugement de votre part ».
11. Le 24 août suivant, le Tribunal a informé les parties que la cause était 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'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.

2. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente et dans les formes prescrites, par une partie directement touchée dans ses intérêts juridiquement protégés par la décision querellée, le présent recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. 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, si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération (art. 31 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 33 al. 1 LACI, elle ne peut pas l'être, notamment, lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (let. a) ou lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise ou encore si elle est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (let. b).

- 3.1 Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation, 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 (ATF 119 V 500 consid. 1; SVR, 2003 AIV no 9 p 27).
- 3.2 D'après la jurisprudence rendue dans le domaine de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail dans des entreprises de la construction, le report de délais, que ce soit à la demande du maître de l'ouvrage ou pour d'autres motifs, pour lesquels l'entreprise chargée des travaux n'est pas responsable, n'a rien d'extraordinaire dans le domaine de la construction, de sorte que la perte de travail qui en résulte pour l'entreprise n'est pas prise en considération (DTA 1994 no 35 p. 247 consid. 2b et 249 consid. 5). Il en va de même des reports de délais occasionnés par des oppositions ou des procédures de recours en relation avec la procédure d'autorisation de construire (DTA 1995 no 20 p. 117). A l'inverse, le Tribunal fédéral des assurances a par exemple jugé, s'agissant d'une entreprise spécialisée dans la construction de tunnels, que l'écoulement non prévisible d'eau à haute teneur en sulfate et en chlorure, nonobstant les investigations préalables adéquates, n'était plus imputable au risque normal d'exploitation (ATF 119 V 498; voir aussi ATF 128 V 305; Marcel Bischof, Der anrechenbare Arbeitsausfall bei Kurzarbeit, in: Ausgewählte Fragen des Arbeitslosenversicherungsrechts, Schweiz. Institut für Verwaltungskurse Journée du 13 mai 1996, Lucerne, p. 12; Hans-Ulrich Stauffer, Kurzarbeits-, Schlechtwetter-, Insolvenzenschädigung und Präventivmassnahmen : aus der Rechtsprechung der Kantonalen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung Basel-Stadt und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in BJM 1998, p. 177) (arrêt C 173/03 du 23 septembre 2003, consid. 2).

Dans un arrêt C 113/00 du 13 septembre 2000, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a considéré que les reports de délais de plusieurs grands projets en raison d'une procédure d'opposition ou de problèmes de financement du maître de l'ouvrage, ou l'attente de réalisation d'autres projets, faisaient partie des risques normaux d'exploitation d'une entreprise de construction et ne présentaient donc pas le caractère exceptionnel requis par la loi et la jurisprudence pour le versement des indemnités sur la base de l'art. 31 LACI.

3.3 En l'espèce, la recourante a expliqué qu'étant une émanation de X_____ SA, « les raisons de la perte de travail était dues aux mêmes raisons que pour X_____ SA ». Cette dernière société a essentiellement allégué avoir subi une baisse d'activité en raison de commandes retardées, dans l'attente des autorisations de construire pendantes (cf. dessus, p. 2, § 2). Or pareille situation, certes inévitable, constitue précisément un risque d'exploitation auquel est normalement exposée une entreprise active dans le domaine de la construction. Au demeurant, ces retards ne sont pas imprévisibles, la recourante ayant elle-même relevé qu'ils étaient dû à la réduction chronique du démarrage des chantiers suite aux oppositions continues faites aux autorisations de construire dans le canton de Genève, ainsi qu'à un « certain laxisme » dont les autorités compétentes faisaient prétendument preuve en la matière. A ce titre, la perte de travail alléguée est du reste susceptible de toucher de la même manière chaque employeur de la branche. Dès lors, conformément à la jurisprudence précitée, elle ne peut donner droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (comp. ATAS/581/2004 du 19 juillet 2004).

Par ailleurs, la recourante ne saurait tirer un quelconque avantage dans le cas d'espèce du fait que X_____ SA avait pu bénéficier par le passé d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, dans la mesure où chaque cas doit être examiné par les autorités en fonction de ses circonstances propres.

Il en va de même de la lettre-circulaire émanant conjointement du Département de l'économie et de la santé et du Département de la solidarité et de l'emploi, émise en mars 2009. En effet, ce document ne revêt qu'un caractère général et se limite à informer en particulier les dirigeants des entreprises genevoises, qui seraient touchées par une baisse conjoncturelle, sur l'existence des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, mesure permettant de conserver des collaborateurs en prévision d'un prochain redémarrage de l'économie.

Quant aux difficultés inhérentes à la guerre des prix à laquelle se livrent les entreprises de la branche, elles ne sauraient pas davantage être prises en considération, sous peine de contraindre finalement les entreprises saines à solliciter à leur tour le versement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour survivre (cf. arrêt C 113/00 précité, consid. 3). En effet, les variations du taux d'occupation dues à une situation concurrentielle tendue sont susceptibles de toucher chaque employeur d'une même branche économique (ibid. consid. 1 ; DTA 1999 n° 10 pp. 50 ss consid. 2 et 4, 1998 n° 50 pp. 291-292 consid. 1 et les références citées). Or, il faut éviter que l'intervention de l'assurance-chômage entrave la concurrence par une redistribution des coûts et des revenus des entreprises structurellement fortes à celles qui le sont moins (DTA 1995 n° 20, p. 117).

En tout état, il faut convenir avec l'office intimé que la recourante n'a pas démontré à satisfaction de droit, ni d'ailleurs expliqué en quoi et de quelle manière, les retards des chantiers invoqués par X_____ SA entraînaient une perte de travail pour ses propres collaborateurs.

Par surabondance, on rappellera que le simple renvoi à l'existence d'une crise économique ne suffit pas en soi pour fonder un droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, le droit à l'indemnité devant être fixé à la lumière des conditions posées par la loi et la jurisprudence (cf. dans ce sens lettre-circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie aux autorités cantonales compétentes et caisses de chômage agréées du 9 janvier 2009).

Pour ces motifs, le recours ne peut qu'être rejeté.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare recevable le recours ;

Au fond :

2. Le rejette ;
3. Dit que la procédure est gratuite.
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

Le Président suppléant

Florence SCHMUTZ

Jean-Louis BERARDI

:

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le