

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2294/2009

ATAS/1437/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 19 novembre 2009

En la cause

X _____, soit pour elle Messieurs G _____ et _____
H _____, sise à Genève

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Maya CRAMER, Valérie MONTANI, Karine
STECK et Doris WANGELER, Juges ; Dana DORDEA et Christine
LUZZATTO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société X_____ SA a été créée à Genève et inscrite au Registre du commerce en date du 28 juin 2004. Elle a pour but social le commerce et le développement de services, produits, programmes, licences et méthodes de travail dans le domaine de l'informatique.
2. Le 5 février 2009, l'entreprise a déposé un préavis auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour ses neuf employés, pour la période du 2 mars au 29 mai 2009. La perte de travail était de 44,8 %.
3. Par décision du 11 février 2009, le Bureau emploi-entreprises de l'OCE ne s'est pas opposé audit préavis et a invité la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) à octroyer à l'entreprise une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour la période demandée, pour autant que toutes les autres conditions du droit soient remplies.
4. Par courrier du 20 avril 2009 adressé au Conseiller d'Etat en charge du Département de la solidarité et de l'emploi, la société a demandé s'il était possible, tant qu'elle était amenée à recourir à des réductions d'horaires de travail et dans le cadre des différentes possibilités de soutien aux entreprises, que ses employés en charge du développement logiciel soient autorisés à travailler à plein temps tout en bénéficiant du complément financier octroyé par la mesure de RHT. Les directeurs de la société ajoutaient qu'ils étaient conscients que cette demande était singulière, mais soulignaient que cela mettrait toutes les chances de leur côté pour pérenniser ces postes hautement spécialisés dans le développement, pour demeurer à la pointe de leur technologie et rester ainsi le seul acteur genevois et suisse dans ce domaine de haute technologie.
5. Par courrier du 7 mai 2009, le Conseiller d'Etat a répondu que la perte de travail était une des conditions fondamentales du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et que les conditions fondamentales du droit à l'indemnité RHT ne permettent pas d'aller plus loin comme la société le demandait.
6. Par préavis du 12 mai 2009, la société a demandé la prolongation de la mesure et a annoncé à l'OCE son intention d'introduire la réduction de l'horaire de travail pour six collaborateurs sur neuf, à raison de 48,33% pour une durée courant du 1^{er} juin 2009 au 31 août 2009. La société a expliqué que depuis le mois de septembre 2008 ses commandes avaient chuté de 70% du fait des répercussions de la crise financière. Elle a précisé que son activité se décomposait en deux secteurs

différents, à savoir la vente directe des licences de logiciels et les contrats annuels de maintenance des logiciels, lesquels représentent 50% de son chiffre d'affaires et dont la baisse était de l'ordre de 10% par rapport à la facturation de l'année précédente. S'agissant de la partie vente directe, les commandes enregistrées sur les quatre premiers mois de 2009 étaient inférieures de l'ordre de 80% par rapport à l'année 2008. Pour les mois à venir, elle n'avait aucune visibilité plus précise car plusieurs commandes étaient en attente. La société faisait valoir que la perte de travail devrait être temporaire, car la baisse d'activité n'était pas due à un manque de compétitivité de son logiciel et les projets d'investissements existaient. Les clients n'avaient pas disparu et, dans leur grande majorité, avaient reconduit leur contrat de maintenance de logiciels.

7. Par décision du 22 mai 2009, le Bureau emploi-entreprises de l'OCE s'est opposé à la demande, au motif que le paiement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'était pas conforme à la loi. L'OCE a considéré qu'il résultait du courrier adressé en date du 20 avril 2009 au Conseil d'Etat par la société que la réduction de l'horaire de travail avait engendré un certain retard dans le développement de ses projets et qu'elle sollicitait la possibilité de faire travailler ses collaborateurs à 100% tout en bénéficiant des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Dans ces conditions, l'existence d'une perte réelle de travail n'est pas établie, la société pouvant faire travailler ses collaborateurs à plein temps.
8. Le 26 mai 2009, la société s'est opposée à cette décision, rappelant que sa demande de prolongation était exactement conforme à sa première demande qui avait abouti à l'autorisation donnée le 11 février 2009 et que l'activité de trois personnes travaillant dans le cadre du développement logiciel n'était pas en relation directe avec la conjoncture économique. Quant à son courrier adressé au Conseiller d'Etat en date du 20 avril 2009, il s'agissait seulement d'une suggestion de faire travailler à plein temps uniquement les employés en charge du développement logiciel, à savoir trois ingénieurs, tout en bénéficiant des indemnités octroyées par la mesure de RHT et non pas la totalité du personnel comme semblait l'entendre l'OCE dans sa décision de refus.
9. Par décision du 28 mai 2009, l'OCE a rejeté l'opposition, considérant au vu du courrier adressé au Conseiller d'Etat en avril 2009 que l'entreprise a explicitement reconnu qu'elle ne subissait pas de perte de travail, puisque précisément elle avait suffisamment de travail pour occuper ses employés en charge du développement, contrairement à ce qu'elle avait allégué dans son premier préavis. L'autorité a estimé qu'il n'était pas vraisemblable que les heures de travail effectives des collaborateurs travaillant dans plusieurs secteurs puissent être contrôlées chaque jour. Par ailleurs, dès lors que les clients n'avaient pas disparu et avaient reconduit leur contrat de maintenance logiciel dans leur grande majorité, sur ce secteur d'activité également l'entreprise ne subissait pas de perte de travail.

10. Le 30 juin 2009, l'entreprise, sous la plume de son directeur, a interjeté recours. Elle fait valoir que la décision de l'OCE révèle la profonde méconnaissance de son activité, liée au service informatique. Lorsqu'une baisse de la demande intervient, il convient d'adapter la structure de l'entreprise. La société, éditrice de projets de logiciels destinés à l'industrie horlogère, élabore longtemps à l'avance un produit qui est sensé faire l'objet d'une demande potentielle future, sous forme d'achat de licences d'utilisation. Ce logiciel doit impérativement faire l'objet d'une évolution constante au vu des nouvelles technologies qu'il convient d'intégrer, des évolutions des termes industriels, de la concurrence qui doit être devancée, et cela indépendamment des aspects conjoncturels du marché. La société soutient qu'elle subit des pertes d'exploitation depuis la rentrée 2008 et que faute de ventes suffisantes, elle se doit de réduire l'impact du coût du développement et redimensionner ses programmes d'investissement. Il s'agit, dans ce domaine de son activité, de limiter les pertes afin d'éviter à tout prix un excès de licenciement au sein d'une équipe hautement qualifiée qui ne pourrait vraisemblablement pas être reconstituée successivement. A ses yeux, le fait que la perte de travail dans une pareille situation ne soit pas contrôlable ne devrait pas justifier un refus d'entrer en matière de la part de l'autorité compétente.
11. Dans sa réponse du 24 juillet 2009, l'OCE conclut au rejet du recours, relevant que la recourante invoque que ses ventes ont chuté au premier semestre 2009 par rapport au premier semestre 2008, tout en reconnaissant qu'elle ne subit pas de perte de travail au sens strict de la loi.
12. Lors de l'audience de comparution des parties du 7 octobre 2009, les directeurs de la société ont relevé que leur première demande de réduction de travail a concerné neuf personnes, à savoir l'ensemble du personnel de l'entreprise, moins les deux directeurs. Il est exact qu'ils avaient questionné le Conseiller d'Etat aux fins de savoir s'il était possible de faire travailler à plein temps les développeurs de logiciels tout en bénéficiant des indemnités pour réduction de l'horaire de travail. La société n'avait pas les moyens de payer tous les employés, faute de liquidités suffisantes en raison de la baisse des ventes depuis septembre 2008. Les directeurs de la société ont déclaré qu'à partir du 30 mai 2009, les employés sont revenus travailler à plein temps et qu'ils ont été payés intégralement. Ils ont relevé que la réduction de l'horaire de travail leur aurait permis de faire le joint, financièrement, dès lors qu'à la fin de l'année les revenus des maintenances tombent, de l'ordre de 900'000 fr., soit la moitié du chiffre d'affaires de la société. Lorsque la société a sollicité une prolongation de l'indemnité pour réduction d'horaire de travail, elle avait déjà dû licencier déjà trois personnes et la demande de prolongation concernait les six employés restants. La société a ajouté qu'en raison du manque de liquidités, elle envisageait le dépôt du bilan avant la fin de l'année.

La représentante de l'OCE a indiqué que le refus de l'autorité était motivé par le fait qu'en réalité la société ne subissait pas de perte de travail puisqu'elle avait

demandé au Conseiller d'Etat s'il était possible que trois employés travaillent à plein temps, tout en permettant à l'entreprise de bénéficier de l'indemnité. Quoi qu'il en soit, l'entreprise n'a pas mis en place la réduction de l'horaire de travail, de sorte qu'une perte de travail ne peut être admise et aucune caisse ne verserait d'indemnité.

Le directeur a expliqué qu'à l'échéance du terme octroyé pour l'indemnité, l'entreprise a dû respecter ses engagements contractuels et payer ses employés normalement. Ils sont venus travailler à plein temps, mais le travail avait baissé. En réalité, pour bon nombre d'employés, le 100% d'activité était au-delà de l'occupation réelle. S'agissant de la perte de travail, lors de la première demande, la société avait mis en place, d'entente avec la caisse de chômage, un système de contrôle sous forme de « carnet du lait », dans lequel chaque employé notait ses horaires de travail effectif. Ce qui lui semblait totalement injuste lors de sa deuxième demande, c'est qu'elle a été refusée alors que l'entreprise fonctionnait sur les mêmes bases qu'auparavant, s'agissant aussi bien du développement que du support auprès du client. La recourante n'a pas compris pourquoi, du seul fait qu'elle se soit adressé au Conseiller d'Etat, l'OCE a interprété les choses d'une façon différente. Par ailleurs, la décision de refus lui a été notifiée dix jours avant la fin de la première période, raison pour laquelle elle n'a pas mis en place à nouveau le système de contrôle pour la perte de travail. La société a souligné que le courrier adressé au Conseiller d'Etat était une suggestion au regard des différents types d'aide accordée aux entreprises, qui allait très bien dans le contexte de leur entreprise de développement.

La représentante de l'OCE a indiqué que quoi qu'il en soit, aucune caisse ne payera l'indemnité puisque la réduction de l'horaire de travail n'a pas été mise en place, contrairement à ce qui est indiqué dans les voies de droit des décisions. Il faut que la perte de travail soit contrôlable.

13. A l'issue de l'audience, la cause a été gardé 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).
4. Le litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que l'intimé a refusé la prolongation du droit à l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail en faveur de six collaborateurs de la recourante, pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 août 2009.
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 si, entre autres conditions, la perte de travail doit être prise en considération, si 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 let. b et d LACI). La perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI), et si elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 let. b LACI) . Cependant, même quand elle satisfait à ces critères, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI), lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou qu'elle est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (art. 33 al. 1 let. b LACI). Le but de cette dernière exception est, avant tout, d'exclure l'indemnisation des réductions de l'horaire de travail qui se répètent régulièrement (ATF 121 V 374 consid. 2a, 119 V 358 consid. 1a et les références).

b) Aux termes de l'art. 36 al. 1 LACI, lorsqu'un employeur a l'intention de prétendre 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.

Conformément à l'art. 36 al. 2 LACI, dans le préavis, l'employeur doit indiquer 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). Il doit en outre 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 LACI).

Lorsque l'autorité cantonale estime qu'une ou plusieurs conditions dont dépend le droit à l'indemnité ne sont pas remplies, elle s'oppose par décision au versement de l'indemnité. Dans chaque cas, elle en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (art. 36 al. 4 LACI).

L'employeur est tenu, conformément à l'art. 37 LACI, d'avancer l'indemnité et de la verser aux travailleurs le jour de paie habituel (let. a), de prendre l'indemnité à sa charge durant le délai d'attente (let. b) et de continuer à payer intégralement les cotisations aux assurances sociales prévues par les dispositions légales et contractuelles comme si la durée de travail était normale ; il est autorisé à déduire du salaire des travailleurs l'intégralité de la part des cotisations qui est à leur charge, sauf convention contraire. La caisse quant à elle vérifie si les autres conditions du droit à l'indemnité sont remplies (circulaire RHT G16 et G18), en particulier si les conditions personnelles fixées aux art. 31 al. 3 et 32 al. 1 let. b sont remplies (art. 39 al. 1 LACI).

6. a) Une réduction de l'horaire de travail peut consister non seulement en une réduction de la durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail, mais aussi en une cessation d'activité pour une certaine période, sans résiliation des rapports de travail (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 237).

N'ont en revanche pas droit à l'indemnité en question les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de même que 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 de l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b et c LACI).

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 al. 1 OACI, la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise. L'employeur doit conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (art. 46b al. 2 OACI).

b) Selon l'art. 33 al. 1 LACI, une perte de travail n'est pas prise en considération notamment 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 (let. a), lorsqu'elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (let. b). Afin d'empêcher des abus, le Conseil fédéral peut prévoir d'autres cas où la perte de travail n'est pas prise en considération (cf. art. 33 al. 2 LACI). Le Conseil fédéral définit la notion de fluctuation saisonnière de l'emploi (al. 3).

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 toutes 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).

La loi 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 assortie le droit à l'indemnité, à savoir l'exigence du caractère temporaire (ch. marg. B20ss) 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).

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. Elle présumera que la perte de travail est due à des facteurs d'ordre économiques et est inévitable (circulaire RHT G16).

c) Selon la doctrine, l'examen du caractère temporaire de la RHT doit être faite 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 (Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2006, p. 483 ; ATF 111 V 385).

Comme rappelé ci-dessus, il n'est pas aisé de déterminer ce qu'il faut entendre par « facteurs d'ordre économiques », notion 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. 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 du travail (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 (RUBIN, op. cit., p. 494).

d) Au cours de l'année 2009, le SECO a adressé aux autorités cantonales et aux caisses de chômage agréées plusieurs communications relatives à la RHT dans lesquelles il relève notamment 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, 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 et que pour de nombreuses entreprises la crise économique que nous vivons en ce moment a un caractère extraordinaire sortant du cadre de la normalité (cf. (communication RHT et crise conjoncturelle du 9 janvier 2009, communication RHT prolongation/réduction du délai d'attente/possibilité de perfectionnement professionnel du 10 mars 2009, communication RHT motifs conjoncturels et structurels de la perte de travail/risque normal d'exploitation et caractère saisonnier du 6 novembre 2009).

7. En l'espèce, le Tribunal de céans constate que la recourante a déposé son préavis en vue de la prolongation de la réduction de l'horaire de travail en date du 13 mai 2009, soit dans les délais requis avant l'échéance de l'octroi de la RHT.

Pour juger du présent litige, il convient de se placer au moment où la demande de prolongation de l'indemnité a été déposée, soit en l'occurrence le 13 mai 2009.

Il résulte du préavis déposé par la recourante qu'elle a sollicité la prolongation de la réduction de l'horaire de travail pour six salariés sur neuf, à savoir Messieurs I_____, J_____, K_____, L_____, M_____ et N_____, à hauteur de 48,33 %. A l'appui de sa demande, la société a fait valoir la diminution des commandes de logiciels de 70% survenue suite à la crise économique mondiale de septembre 2008. Elle a expliqué que le secteur des ventes directes a baissé fortement. S'agissant du secteur de la maintenance, qui représente la moitié de son chiffre d'affaires annuel, il fait l'objet d'une facturation en fin d'année et pour l'année 2009, ladite facturation est en baisse de l'ordre de 10 %.

L'intimé s'est opposé à la prolongation de la réduction de l'horaire de travail, au motif que puisque la société s'était adressée au Conseiller d'Etat en charge du Département de la solidarité et de l'emploi aux fins de savoir si elle pouvait faire travailler ses employés chargés du développement logiciel à plein temps, elle avait reconnu implicitement qu'elle ne subissait pas de perte de travail, contrairement à ce qu'elle avait allégué dans son premier préavis. D'autre part, il apparaît que les employés en charge du développement logiciel effectuent également d'autres tâches ; par conséquent, il n'est pas vraisemblable que les heures de travail effectives des collaborateurs travaillant dans plusieurs secteurs puissent être contrôlées chaque jour. Enfin, puisque les clients n'avaient pas disparu et avaient reconduit leur contrat de maintenance de logiciel dans leur grande majorité, l'intimé a considéré que la société ne subissait pas de perte de travail dans ce secteur d'activité.

La recourante conteste ce point de vue et fait valoir que les motifs à l'appui de sa demande de prolongation de la RHT n'avaient pas changé, soit principalement la diminution des commandes de logiciels de plus de 70 % , due à la crise économique mondiale survenue en automne 2008. Quant au courrier adressé au Conseiller d'Etat dont fait état l'intimé, ce n'était qu'une suggestion et il faisait suite à celui adressé aux entreprises du canton en mars 2009 par les Conseillers d'Etats, dans lequel ils les informaient de leur intention de tout mettre en œuvre pour conserver un tissu économique genevois en bonne forme. Concernant le développement de logiciel, la recourante explique qu'il est destiné à l'industrie horlogère et que s'agissant d'un domaine très pointu, il doit être élaboré longtemps à l'avance, ce indépendamment des aspects conjoncturels du marché.

Le Tribunal de céans relève que la recourante a bien mis en évidence l'effondrement de son secteur des ventes de logiciels depuis l'automne 2008 ; en effet, jusqu'alors, son carnet de commandes était en constante évolution, ce que les pièces produites démontrent, et sa part de marché augmentait. Cet effondrement est dû à la crise financière, survenue brutalement en septembre 2008. Or, cette crise ne

saurait être considérée comme un risque normal d'exploitation, dès lors que l'on se trouve en l'occurrence en présence de circonstances extraordinaires. La société a en effet subi une chute des commandes due à la survenance de facteurs économiques, imprévisibles. Les clients ont renoncé en l'état aux commandes de logiciels. Or, 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 (cf. Communication du SECO du 6 novembre 2009 ; Circ. RHT ch. marg. D9, dernière phrase et ch. marg. D11).

Quant à l'argument selon lequel il n'est pas vraisemblable que les heures de travail effectives des collaborateurs travaillant dans plusieurs secteurs puissent être contrôlées, on voit mal comment l'intimé est parvenu à cette conclusion, dès lors que lors du premier octroi de l'indemnité RHT, la situation était la même et que la recourante a précisément tenu un relevé précis des heures de travail de ses employés, en accord avec la caisse chargée du versement de l'indemnité, selon un système de « carnet du lait ». Rien ne s'opposait a priori à ce qu'un système identique soit à nouveau mis en place pour les six salariés en question, étant rappelé au demeurant que la vérification du système de contrôle incombe à la caisse, par sondages ou contrôles ponctuels, que ce soit en cours d'indemnisation ou après coup seulement, et peut donner lieu au remboursement de l'indemnité versée à tort. La loi ne donne pas à l'autorité cantonale compétente le pouvoir de mener des enquêtes dans l'entreprise déjà au moment du dépôt du préavis de réduction de l'horaire de travail et de l'examen des conditions dont dépend le droit à l'indemnité (ATF 124 V 3894). Introduire des contrôles réguliers et systématiques pourrait en effet retarder le versement des indemnités au détriment des intérêts des travailleurs et des employeurs intéressés.

Le Tribunal de céans considère que la perte de travail liée au secteur de la vente de logiciels, qui a chuté de plus de 70%, doit être prise en considération. En revanche, tel n'est pas le cas pour les trois ingénieurs chargés du développement logiciel, dès lors que la société a, par sa démarche du mois de mars, reconnu qu'en réalité elle avait la possibilité de les occuper à plein temps. Force dès lors est de constater que pour ces derniers, il n'y a pas de perte de travail.

La recourante a enfin expliqué que la perte de travail n'est que passagère, car la baisse de ses activités n'est pas due à un manque de compétitivité de leur logiciel. Les projets d'investissement existent, les clients n'ont pas disparu, car ils ont reconduit, en grande majorité pour 2009, leur contrat de maintenance logiciel. Ils ont en revanche gelé et reporté les commandes de logiciels. Dès que la situation économique et plus particulièrement la situation de l'industrie horlogère suisse sera redevenue favorable, l'activité de la société reprendra naturellement sa progression. La réduction de l'horaire de travail lui aurait permis de faire le joint, financièrement, jusqu'à la fin de l'année, moment où elle encaissera les revenus

provenant des maintenances, de l'ordre de 900'000 fr., ce qui représente la moitié de son chiffre d'affaires.

Par conséquent, l'intimé n'était fondé à refuser la prolongation de l'indemnité de réduction de l'horaire de travail que pour les trois salariés de la recourante en charge du développement logiciel.

En cours de procédure, la recourante a déclaré que suite au refus de l'intimé, elle n'avait finalement pas mis en place la réduction de l'horaire de travail et qu'elle envisageait de déposer le bilan à la fin de l'année, faute de liquidités. Il s'agit-là cependant de questions qui sortent de l'objet du présent litige, lequel ne porte que sur le principe du droit à l'indemnité de réduction de l'horaire de travail. La question du versement de l'indemnité, et par conséquent de la vérification effective de la perte de travail, incombe à la caisse compétente.

8. Au vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis.

**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. L'admet partiellement dans le sens des considérants.
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

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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