



### **EN FAIT**

1. X\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après le recourant) est actif dans le domaine du service et de la gestion financière immobilière. Par préavis du 8 mai 2009, il a annoncé à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) son intention de réduire l'horaire de travail d'un collaborateur à raison de 50%, pour la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010. Le recourant expose que celui-là avait été engagé pour faire l'acquisition de nouveaux biens, mais qu'en raison de la crise économique actuelle, ce secteur ne pouvait plus être développé ; il souhaitait éviter le licenciement du collaborateur et lui trouverait un certain nombre de tâches administratives à raison de 50% jusqu'à la reprise ; la perte de travail devrait être temporaire dans la mesure où les marchés financiers devraient se stabiliser au cours des prochains mois.
2. Par décision du 22 mai 2009, le Bureau emploi-entreprises de l'OCE a fait opposition au paiement de l'indemnité. Il expose qu'en l'occurrence la perte de travail n'est pas inévitable dès lors qu'elle est due à une décision propre de la société de modifier son champ d'activité.
3. Par décision sur opposition du 15 juillet 2009, l'OCE a confirmé cette décision, au motif que la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle est due à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation de l'employeur, ce qui est le cas ici. Une diminution même importante de l'activité ne représente pas une circonstance extraordinaire ; la baisse générale d'activité dans tous les secteurs de l'économie ne fait que se répercuter sur l'activité de la société, qui ne prétend pas être plus durement touchée qu'une autre entreprise active dans la même branche ; il est généralement admis qu'en période de crise liée à des spéculations financières les biens immobiliers servent de valeur refuge de sorte que le prix des transactions immobilières subit généralement une très forte hausse. C'est finalement en raison de la décision de la société de se concentrer sur la mise en valeur des objets acquis que son collaborateur a vu son activité disparaître.
4. Dans son recours du 18 août 2009, la recourante conclut à l'admission de la demande de réduction de l'horaire de travail pour son collaborateur à concurrence de 50% "en principe pour une période de 12 mois" qu'elle a déposée le 7 mai 2009. Elle explique que ce collaborateur a été engagé à compter du 1er mai 2007 en qualité d'assistant de direction, avec pour cahier des charges la recherche d'objets immobiliers à acheter en vue de leur développement et leur mise en valeur. Le collaborateur a fait l'objet d'une formation interne intense. Dans l'intervalle, la situation économique mondiale a connu des bouleversements majeurs, d'une portée tout à fait exceptionnelle, que l'on n'avait pas connus depuis des générations, selon les propos des spécialistes en la matière parus dans la presse. La chute record des bourses mondiales et l'incertitude prévalant sur les marchés financiers a eu des répercussions exceptionnelles sur le marché immobilier tant suisse que genevois.

C'est pour cette raison que le collaborateur s'est retrouvé depuis plusieurs mois dans l'impossibilité de remplir son cahier des charges, il était à proprement parler au chômage technique. Convaincu qu'il s'agit d'une situation provisoire et souhaitant éviter autant que faire se peut le licenciement, la recourante a résolu de déposer la requête litigieuse.

5. Dans sa réponse du 16 septembre 2009, l'OCE conclut au rejet du recours. Il précise que le collaborateur en question a été licencié pour le 31 août 2009, et qu'il s'est inscrit à l'assurance-chômage le 21 juillet 2009. Depuis le mois de septembre 2009 il a trouvé un emploi à 50%. Le recours est devenu sans objet selon l'intimée au vu du licenciement du collaborateur pour lequel l'indemnité était sollicitée.
6. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 20 octobre 2009.

À cette occasion, les parties ont déclaré ce qui suit :

Maître Rodrigue SPERISEN (pour le recourant) :

«J'explique que le collaborateur concerné par la mesure RHT a bien été mis concrètement à 50% depuis le 1er juin 2009, il a continué à percevoir son salaire à 100% au vu des obligations légales de ma cliente à son égard. Au vu de la durée de la procédure toutefois, celle-ci n'a plus été en mesure de lui payer un salaire complet et a donc mis fin à son activité avec effet au 31 août 2009. Il a été réengagé dès le 1er septembre 2009 par ma cliente à hauteur de 50%. Ma cliente a en effet souhaité tenir compte des bonnes relations qu'elle entretient avec ce collaborateur et du fait qu'il avait déjà vécu une période de chômage de deux ans. Je précise que le cahier des charges pour lequel il avait été engagé n'a finalement pu être mis en œuvre que durant une année, entre 2007 et 2008, car au départ il a suivi une formation intensive interne de 6 mois, depuis mai 2007 ; ensuite les difficultés économiques sont survenues, dans le courant de l'été 2008, et aujourd'hui durant son 50% il rend un certain nombre de services dans l'attente de la reprise.

S'agissant des circonstances d'engagement de ce collaborateur, j'explique qu'il était directeur d'éditions durant plus de 20 ans et que son entreprise a fait faillite. Durant deux ans, il a émargé à l'assurance chômage sans décrocher aucun poste ni même aucun entretien malgré ses nombreuses recherches. Comme il est un ami de longue date d'un administrateur de ma cliente, celui-ci a souhaité lui venir en aide. Le poste a donc été créé pour lui et il a reçu une formation complète en interne. Je peux donc répondre à la question du Tribunal en indiquant qu'effectivement le poste créé consiste en une nouvelle fonction, le collaborateur ne remplaçait personne et il était seul à avoir ce cahier des charges. Les autres employés sont des comptables (2 personnes) et une employée de ménage. La société est active depuis 1970, les administrateurs en sont trois frères et sœurs, dont deux sont directement actifs au sein de la société sans en être salariés. A ma connaissance et sous toutes réserves, la

société a toujours occupé des comptables, le collaborateur en question étant le premier opérationnel, en tous cas ces dernières années. ».

Madame C \_\_\_\_\_ (pour l'OCE) :

« À mon sens la société doit établir d'une part que le collaborateur a été concrètement mis à 50% au mois de juin 2009, d'autre part qu'elle a déposé la demande du versement de l'indemnité auprès de la Caisse, pour laquelle elle disposait d'un délai de trois mois. ».

Maître Rodrigue SPERISEN :

« Je vérifierai ces points. Je produirai également toutes pièces de nature à établir l'activité opérationnelle de prospection du collaborateur et ses effets pour ma cliente. ».

7. Par écriture du 13 novembre 2009, la recourante indique que, contrairement à ce qu'elle avait exposé en audience, elle n'avait pas concrètement mis son employé à 50% dès le 1er juin 2009, et elle n'avait pas davantage fait valoir les droits de ce dernier auprès de la caisse. Elle considère que le départ du délai de trois mois pour faire valoir ses droits ne peut être fixé au jour de la notification de la décision définitive, sinon cela signifie que l'employeur doit continuer de verser le salaire à temps plein tout en réduisant l'activité à 50%. Elle sollicite qu'il soit préalablement dit si les conditions posées par la loi étaient ou non remplies. Si le recours devait être considéré comme sans objet, comme il conclut l'OCE, elle sollicite de rendre un jugement sur partie afin de lui donner la possibilité de retirer son recours au fond dans un souci d'économie de procédure.
8. Dans ses écritures du 30 novembre 2009, l'OCE considère que les arguments de la recourante sont irrelevants et contraires aux dispositions légales, en particulier aux art. 38 al. 1 LACI et 61 OACI ainsi qu'à la jurisprudence constante, selon laquelle le début du délai de trois mois commence à courir même si la décision relative au paiement de l'indemnité n'a pas encore été prise. En l'occurrence, le recours n'a plus d'objet.
9. Après transmission de ces écritures aux parties, la cause a été gardée à juger le 3 décembre 2009.

---

## 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 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. La question litigieuse est de savoir si c'est à bon droit que l'OCE a refusé la demande d'indemnité formée par la recourante pour un des ses collaborateurs, à raison de 50% pour la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010. Telle est en effet la question tranchée par la décision litigieuse. Toutefois, des éléments apparus en cours d'instance justifient que soit préalablement examinée la question de savoir si le recours est ou non sans objet.
5. Il convient quoi qu'il en soit de rappeler les dispositions légales pertinentes en la matière. Ainsi, "les travailleurs dont la durée de 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, le congé n'a pas été donné, si la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et que l'on puisse admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question" (art. 31 al. 1 LACI).

La perte de travail n'est prise en considération que si elle est due à des facteurs d'ordre économique et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). La réduction de l'horaire de travail n'est cependant pas évitable par le simple fait que l'employeur aurait pu l'empêcher en congédiant les salariés (ATF 111 V 382 consid. 2a), en raison même du but de la réglementation, qui "revêt une très grande importance comme moyen propre à maintenir les emplois" comme l'a précisé le Conseil fédéral dans son message (cf. FF 1980 III p. 497).

L'art. 36 LACI prévoit ce qui suit :

- «1 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.

- 2 Dans le préavis, l'employeur doit indiquer :
  - a. le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail ;
  - b. l'ampleur de la réduction de l'horaire de travail ainsi que sa durée probable ;
  - c. la caisse auprès de laquelle il entend faire valoir le droit à l'indemnité.
- 3 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.
- 4 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. ».

L'employeur est tenu d'avancer l'indemnité et de la verser aux travailleurs, de prendre l'indemnité à sa charge durant le délai d'attente et de continuer à payer intégralement et les cotisations sociales (art. 37 LACI). Dans le délai de trois mois à compter de l'expiration de chaque période de décomptes, l'employeur fait valoir auprès de la caisse qu'il a désignée l'ensemble des prétentions à indemnité en faveur des travailleurs de son entreprise (art. 38 LACI). Après examen des conditions par la caisse, et si elles sont toutes remplies, la caisse rembourse à l'employeur "l'indemnité dûment versée", après déduction du montant prévu au titre du délai d'attente (art. 39).

Le SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (ci-après SECO) a publié à l'attention de l'administration des directives en la matière, visant à l'application uniforme du droit, en 1992, puis dans une nouvelle version valable dès janvier 2005. Il est rappelé, notamment, que l'employeur doit remettre le préavis à l'autorité cantonale dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail, délai respecté par l'envoi par poste au plus tard le 10ème jour qui précède le début de la réduction de l'horaire de travail. Si l'employeur ne remet pas son préavis dans le délai réglementaire, la perte de travail n'est prise en compte qu'à partir de l'expiration du délai. L'autorité cantonale s'opposera alors en partie au versement de l'indemnité (cf. circulaire RHT G6-G8).

6. Il ressort très clairement des textes légaux, réglementaire et d'application rappelés ci-dessus que la loi prévoit - à certaines conditions - un droit à une indemnité visant à compenser la réduction de l'horaire de travail que l'entreprise a été contrainte d'imposer à un ou plusieurs de ses salariés, et non la possibilité pour une entreprise de solliciter de l'autorité cantonale l'autorisation de réduire la durée du travail et de bénéficier par conséquent de cette indemnité. Pour mémoire, «les travailleurs dont la durée de travail *est* réduite ou l'activité suspendue » ont droit à l'indemnité (art. 31 al. 1 let. b et d LACI). La réduction de l'horaire de travail doit dès lors être concrètement mise en œuvre, durant la période pour laquelle l'indemnité est requise. Si une entreprise ne met pas en œuvre la réduction de l'horaire de travail elle n'a, par définition, pas droit à l'indemnité. Cela découle directement des textes précités, et du fait que l'indemnité doit être sollicitée pour une période précise, et non pour une certaine durée, applicable indifféremment à une date choisie par l'entreprise. Cela explique également pourquoi la réduction de l'horaire de travail doit pouvoir être contrôlée par l'autorité cantonale dans la période considérée.

On rappellera à toutes fins utiles qu'un texte légal clair ne prête pas à interprétation. Il faut, en effet, en premier lieu se fonder sur la lettre de la disposition en cause (interprétation littérale). Ce n'est que si le texte de celle-ci n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de son texte sont possibles, que le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; ATF 131 V 90 consid. 4.1 ; voir aussi ATF 130 II 71 consid. 4.2, 129 V 165 consid. 3.5).

Dans le cas d'espèce, la société admet, contrairement à ce que son mandataire avait supposé lors de la comparution des parties, ne pas avoir mis en œuvre concrètement la réduction de l'horaire de travail de son collaborateur, dans l'attente du résultat final de sa demande d'indemnité. Le Tribunal de céans ne peut que constater qu'aucune réduction de travail n'ayant été effectuée pour la période du 1er juin 2009 jusqu'au licenciement du collaborateur en août 2009 aucune indemnité n'est due pour cette période. Elle n'est plus possible pour la période postérieure à septembre 2009, au vu du licenciement du collaborateur et de son réengagement sur la base d'un contrat de travail de 50 %. À cela s'ajoute que n'ayant pas exercé le droit à l'indemnité dans les délais prescrits par la loi, l'indemnité ne pourrait lui être versée. À ce sujet également la loi est claire, et confirmée par la jurisprudence (DTA 1999 p. 53).

Vu ce qui précède, point n'est besoin d'examiner si le motif à l'origine de la demande aurait dû être admis par l'autorité cantonale comme justifiant le droit à l'indemnité. Un arrêt sur partie ne se justifie pas davantage, le recours étant rejeté par substitution de motifs.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**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

La présidente

Maryse BRIAND

Isabelle DUBOIS

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