

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 juin 2013

Présidence de M. MERZ
Juges : Mme Dessaux et Mme Rossier, assesseur
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

G. _____ SÀRL, à Rolle, recourante, représentée par Fortuna, Compagnie d'assurance de protection juridique SA,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, à Lausanne, intimé.

Art. 31 al. 1, 32 al. 1 let. a et 33 al. 1 let. a LACI

E n f a i t :

A. G. _____ Sàrl (ci-après: la société ou la recourante) a pour but social le développement, la fabrication, la commercialisation et le dépôt d'appareils électriques, électroniques ou de logiciels dans les domaines médico-dentaires et de la chimie, ainsi que l'exploitation de brevets y relatifs. Elle est active dans le canton de Vaud où elle emploie plusieurs personnes. Son capital social se décompose en quatre parts, dont deux parts de 24'500 fr. en mains de B. _____ et K. _____, associés gérants, et deux parts de 25'500 fr. en mains de H. _____ SA, sise aux British West Indies.

Depuis 2003, la société a mis sur le marché un appareil dentaire destiné à la désinfection bucco-dentale nommé O. _____, dont la vente a permis en 2006 de développer et de financer un nouvel appareil dentaire, dénommé C. _____. En novembre 2009, la production de l'appareil C. _____ a démarré et ce produit a été mis sur le marché par une première série de 250 pièces. Le prix de vente de cet appareil a été fixé en euros, étant donné qu'il est commercialisé principalement en Europe. Ces pièces ayant toutes été vendues et le marché semblant prometteur, la société a débuté la production d'une seconde série de 1'000 pièces du C. _____, en prévision de commandes futures. La société comptait vendre cet appareil 600 fr. l'unité et escomptait donc un chiffre d'affaire de 600'000 fr., la disponibilité sur le marché étant prévue pour mai 2011.

Au début de l'année 2010, la chute de l'euro aurait, selon la société, mis un frein brutal à la commercialisation de l'appareil C. _____. En raison du manque à gagner, la société n'a pas eu les liquidités suffisantes pour terminer la production en cours de cet appareil, de sorte que certains de ses employés se sont retrouvés sans travail.

Dans un "rapport concernant les heures perdues" pour la période du 1^{er} avril au 30 juin 2011 et dans un tableau des horaires de

collaborateurs pour avril 2011, la société a indiqué des réductions d'horaires de travail pour cinq employés. En raison des difficultés commerciales, la société a licencié deux employés, l'un pour le 30 juin 2011 et l'autre pour le 31 juillet 2011.

B. En mars 2011, la société a requis du Service de l'emploi du canton de Vaud (ci-après: le Service de l'emploi) l'introduction de mesures de réduction de l'horaire de travail pour cinq employés et, ainsi, des indemnités pour la période du 1^{er} avril au 30 septembre 2011.

Par décision du 24 mars 2011, le Service de l'emploi a autorisé la société à bénéficier des mesures de réduction de l'horaire de travail pour la période du 1^{er} avril au 30 juin 2011. Dans cette mesure, elle a déclaré que la Caisse cantonale de chômage pouvait octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour autant que les autres conditions du droit soient remplies.

Par acte du 5 mai 2011, le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) du Département fédéral de l'économie a formé opposition contre cette décision, en concluant à son annulation. Il a notamment fait valoir que les pertes de travail résultant du problème de liquidités de la société n'étaient pas dues à des motifs économiques dans le sens d'un recul des commandes et n'étaient pas inévitables. La société aurait pu négocier un crédit auprès d'une banque afin d'obtenir des liquidités suffisantes à court terme et ainsi faire redémarrer la production. Dès lors, selon le Seco, le droit à l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail avait été reconnu à tort.

Dans un courrier du 10 mai 2011, B._____, associé gérant de la société, a indiqué que l'appareil C._____ avait été présenté à l'exposition mondiale de la dentisterie à Cologne en mars 2011 et que des commandes avaient été enregistrées pour une soixantaine d'exemplaires dans différents pays du monde, ainsi que 20 exemplaires pour la plus importante société dentaire mondiale. B._____ a relevé que selon sa banque l'octroi d'un crédit n'était pas possible dans les conditions

actuelles. La société avait renoncé au licenciement de deux personnes et payé plus de 200 heures chômées alors que sa trésorerie était déjà obérée.

Par décision sur opposition du 12 mai 2011, le Service de l'emploi a admis l'opposition, annulé sa première décision du 24 mars 2011 et déclaré que la société n'était pas autorisée à bénéficier des mesures de réduction de l'horaire de travail pour la période du 1^{er} avril 2011 au 30 juin 2011. Il a retenu que la perte de travail subie par la société ne résultait pas de la conjoncture, compte tenu de son carnet de commandes, et qu'elle ne relevait pas non plus de problèmes structurels, mais d'un manque de liquidités lié à l'évolution de l'euro. Dès lors, la société n'avait pas droit à des mesures de réduction de l'horaire de travail. La question de savoir si la société aurait pu obtenir un crédit bancaire pouvait demeurer ouverte.

C. Par l'intermédiaire de la compagnie d'assurance de protection juridique Fortuna, G. _____ Sàrl a interjeté le 10 juin 2011 un recours auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Elle conclut à l'annulation de la décision sur opposition du 12 mai 2011 et à la confirmation de la décision du 24 mars 2011 du Service de l'emploi.

Par réponse du 14 juillet 2011, le Service de l'emploi a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision sur opposition.

Par réplique du 5 septembre 2011, la recourante a maintenu les conclusions de son recours. Elle allègue qu'au cours du mois d'avril 2011, "248.70 heures chômées" avaient dû être comptabilisées. Aux mois de mai et juin 2011, le nombre d'heures chômées "aurait été le même, réparti entre les cinq employés si nécessaire. Pour la période visée par la décision querellée, le nombre de jours chômés aurait ainsi atteint environ 747 heures". La société avait finalement dû licencier au 30 juin 2011, respectivement au 31 juillet 2011, deux des cinq employés concernés par la réduction de l'horaire de travail. Les deux emplois auraient pu être sauvegardés si la société avait pu bénéficier de l'indemnité pour réduction

de l'horaire de travail. A titre de mesures d'instruction, la société a demandé la comparution personnelle de B._____ et K._____, tous deux administrateurs.

Par duplique du 16 septembre 2011, le Service de l'emploi a confirmé sa position.

Dans la mesure utile, les arguments des parties seront repris ci-après.

D. Par courrier du 23 octobre 2012, la Cour de céans a communiqué aux parties que suite au départ à la retraite du juge instructeur, l'affaire a été reprise par un nouveau juge.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de l'assurance-chômage (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI; art. 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

L'employeur a qualité pour recourir contre une décision de refus d'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ATF 111 V 387 consid. 1c; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} édition, 2006, p. 523, ch. 6.1.13.1; Thomas Nussbaumer,

Arbeitslosenversicherung, in Ulrich Meyer, Soziale Sicherheit, 2^{ème} édition, 2007, n. 455, p. 2313; cf. aussi ci-après consid. 4).

En l'espèce, interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent et respectant pour le surplus les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

Au vu du nombre "d'heures chômées" que la recourante fait valoir dans le cadre de sa demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, la valeur litigieuse dépasse probablement 30'000 francs. Il s'ensuit que la cause relève de la compétence de la Cour des assurances sociales dans une composition ordinaire de trois juges, et non du juge unique (art. 94 al. 1 let. a et al. 4 LPA-VD).

2. En l'espèce, est litigieux l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail en faveur de cinq employés de la recourante, pour la période du 1^{er} avril au 30 septembre 2011.

3. a) Par un premier moyen, la recourante fait valoir que le Seco n'était pas autorisé à interjeter une opposition contre la décision initiale du Service de l'emploi du 24 mars 2011. Selon la recourante, l'art. 102 LACI ne prévoirait la qualité pour agir du Seco qu'au stade du recours devant les instances judiciaires cantonales et devant le Tribunal fédéral, mais pas pour former une opposition contre une décision d'une autorité administrative cantonale.

b) Ce grief n'est pas fondé: selon le principe de l'unité de la procédure et en vertu de l'art. 111 al. 2 LTF (loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110), une autorité fédérale qui a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (TF) peut recourir devant les autorités cantonales précédentes (en allemand: "können die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen"). Cela inclut toute autorité cantonale précédente et non pas seulement devant celle qui précède immédiatement le TF, ni uniquement l'introduction de moyen de droit devant des autorités judiciaires. L'art. 111 al. 1 LTF le précise en retenant que la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (ATF 135 II 338 consid. 2.1; Bernard Corboz / Alain Wurzburger / Pierre Ferrari / Jean-Marie Frésard / Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2009, n. 9 et 14 ss ad art. 111 LTF; Bernhard Ehrenzeller, in Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2^{ème} édition, 2011, n. 4 ss ad art. 111 LTF). Selon l'art. 102 al. 2 LACI, le Seco a qualité pour recourir devant le TF, raison pour laquelle il peut aussi former une opposition devant le Service de l'emploi en vertu de l'art. 111 al. 1 et 2 LTF.

4. 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 aux conditions posées par l'art. 31 al. 1 LACI. Si le droit à l'indemnité appartient selon l'art. 31 LACI au travailleur, l'exercice de ce droit incombe selon l'art. 38 LACI à l'employeur (Boris Rubin, op. cit., n. 455, p. 2313). L'employeur est en outre tenu, selon l'art. 37 let. a LACI, d'avancer l'indemnité – qui s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI) – et de la verser aux travailleurs le jour de paie habituel; cette avance sera remboursée par la caisse de chômage si le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est reconnu, l'employeur faisant valoir auprès de la caisse de chômage l'ensemble des prétentions à l'indemnité pour les travailleurs de son entreprise (art. 38 et 39 al. 2 LACI; Rubin, op. cit., p. 524, ch. 6.1.14.1).

b) Selon l'art. 36 al. 1 LACI, 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. 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 de chômage qu'il a désignée (art. 36 al. 4 LACI).

5. Sur le fond, la recourante est d'avis qu'elle a rempli les conditions qui lui permettent de pouvoir bénéficier des mesures de réduction de l'horaire de travail, selon les art. 31 ss LACI, pour la période du 1^{er} avril 2011 au 30 juin 2011.

Les autorités lui oppose qu'il n'y avait notamment pas de perte de travail due à des facteurs d'ordre économique. La recourante aurait eu des augmentations de ses commandes. Les problèmes rencontrés par la société découlerait uniquement d'un manque de liquidités lié à l'évolution du cours de l'euro. Le Seco est en outre d'avis que la perte de travail était évitable; la recourante aurait été en mesure de l'empêcher en négociant un crédit auprès d'une banque.

6. a) En vertu de l'art. 31 al. 1 let. b, c et d LACI, 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 (let. b), si le congé n'a pas été donné (let. c) et 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 (let. d).

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).

b) Par facteurs d'ordre économique, il faut entendre tant les facteurs structurels que les facteurs conjoncturels, le TF refusant de procéder à une distinction claire entre ces deux facteurs; pour le reste, il procède à une interprétation large du terme "ordre économique"; font partie des facteurs d'ordre économique notamment les baisses de commande d'un produit que l'employeur vend habituellement (ATF 128 V 305 consid. 3a; Nussbaumer, op. cit., n. 477, p. 2321).

Cependant, même quand la perte de travail satisfait à ces critères, elle n'est pas prise en considération, notamment 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; TFA C 173/03 du 23 septembre 2003 consid. 2), 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 371 consid. 2a; 119 V 357 consid. 1a et les références citées).

c) Selon la jurisprudence, doivent être considérées comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise; ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de

l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1; SVR 2003 ALV n° 9 p. 27; TFA du 10 mars 1994, in DTA 1995 n° 20 p. 117 ss consid. 1b; voir aussi Nussbaumer, op. cit., n. 483 p. 2323).

De manière générale, la jurisprudence considère que des variations du taux d'occupation dans une entreprise en raison d'une situation concurrentielle tendue sont susceptibles de toucher chaque employeur d'une même branche économique et sont donc inhérentes à de tels risques (TFA C 113/00 du 13 septembre 2000 consid. 1; TFA du 23 janvier 1998 in DTA 1999 n° 10 p. 48 ss consid. 2 et 4; TFA du 20 janvier 1998 in DTA 1998 n° 50 p. 290 consid. 1 et les références citées; voir aussi Nussbaumer, op. cit., n. 483 p. 2324 et les références citées).

7. a) Dans le cas présent, le Seco a exposé que les pertes de travail invoquées par la recourante ne pouvaient être prises en considération dès lors qu'elles n'étaient pas dues à des motifs économiques dans le sens d'un recul des commandes et n'étaient pas inévitables comme l'exige l'art. 32 al. 1 let. a LACI. Il semblait évident que les dirigeants de la recourante ne redoutaient pas une baisse des commandes, vu qu'une première production avait compté 250 pièces de l'appareil C._____ qui avaient été complètement vendues et que la seconde production comptait 1'000 pièces, soit quatre fois la quantité créée lors de la première production. La recourante aurait un manque à gagner dû au fait de la baisse du cours de l'euro. Cependant, la production reprendrait si la recourante résolvait son problème de liquidités. Par conséquent, les employés seraient à nouveau au travail. Or, une perte de liquidités n'équivaldrait pas à une perte de travail. L'indemnité demandée ne pourrait servir d'apport pour faire redémarrer une production, car ce faisant, la condition de la perte de travail ne serait plus donnée. De plus, le problème de liquidités ou cash-flow pourrait être résolu par la recourante en négociant un crédit auprès d'une banque afin d'obtenir des liquidités à court terme et ainsi faire redémarrer la production.

Quant au Service de l'emploi, il a retenu dans sa décision sur opposition que la perte de travail ne résultait pas de la conjoncture,

preuve en serait l'augmentation des commandes auprès de la recourante. La perte de travail ne relèverait pas non plus de problèmes structurels, les problèmes rencontrés découlant uniquement du manque de liquidités lié à l'évolution du cours de l'euro.

b) La recourante fait valoir que depuis 2003, en sa qualité de start-up, elle a mis sur le marché un premier appareil appelé O._____. Les ventes de cet appareil depuis 2006 auraient permis d'initier le développement d'un second appareil, dénommé C._____, et de rechercher des investisseurs en vue de sa commercialisation. Le financement du C._____ aurait été rendu possible par l'entrée dans la société de H._____ SA en 2008. En novembre 2009, la production de cet appareil aurait commencé et une première série de 250 pièces aurait été réalisée. Ces pièces auraient trouvé preneur. Les distributeurs auraient avisé la société que le retour de marché était excellent et qu'elle pouvait vraisemblablement compter sur de nombreuses commandes futures. Afin de pouvoir honorer ces futures commandes estimées, elle aurait débuté la production d'une seconde série d'appareils C._____, en l'occurrence 1'000 pièces, pour créer le stock nécessaire. Elle ne pouvait réaliser les appareils au fur et à mesure des commandes, parce que la production durerait environ 6 mois et que ce délai n'était pas acceptable pour les acheteurs.

Le prix de vente des appareils aurait été calculé en euros, puisque les distributeurs dont dépendait la commercialisation se trouvaient en premier lieu en France, en Italie et en Allemagne. Dans un premier temps, le prix de vente devait couvrir non seulement les coûts de production, mais également les frais d'investissement. Ce n'était qu'une fois ceux-ci compensés que le prix de vente des appareils devait permettre de couvrir uniquement les coûts de production.

La brusque chute de l'euro par rapport au franc suisse en 2010 aurait mis un frein à la commercialisation de l'appareil C._____. Face à la répugnance subite des acheteurs potentiels d'engager de fortes dépenses à ce moment-là, les distributeurs auraient quasiment "gelé" le

processus de commercialisation. Dans le même temps, la marge qu'elle aurait calculée sur le prix de vente aurait drastiquement diminué. La société n'aurait pas pu relever le prix sans perdre sa position concurrentielle sur un marché déjà très serré.

Les ventes que les distributeurs avaient estimées comme très probables quelques semaines plus tôt ne s'étaient donc pas réalisées. Les quelques ventes tout de même effectuées, accompagnées de la diminution de la marge, ne suffisaient pas à apporter à la société les liquidités prévues.

Ainsi, la société se serait retrouvée brusquement sans les moyens nécessaires pour terminer la production en cours. Cette dernière n'était d'ailleurs pas destinée à honorer des commandes déjà passées, mais à constituer un stock en vue des commandes futures que les appréciations des distributeurs permettaient d'espérer. Dès lors, la société avait dû faire face à un vide imprévisible dans les commandes et partant à un manque provisoire de liquidités. Elle devait tout de même s'acquitter des salaires de ses employés qui n'étaient plus occupés normalement. Pour garder ses employés, elle a demandé l'introduction de mesures de réduction d'horaires de travail pour cinq employés pour la période du 1^{er} avril au 30 septembre 2011.

c) Les déclarations de la recourante sur le prix de vente de ses produits ne sont pas sans quelques contradictions. D'une part, elle explique que le prix de vente de l'appareil C. _____ est calculé en euros et qu'elle n'avait pas pu relever le prix sans perdre sa position sur le marché au vu de la concurrence. D'autre part, elle prétend que la brusque chute de l'euro dès l'année 2010 aurait mis un frein à la commercialisation de cet appareil, les acheteurs potentiels étant réticents d'engager de fortes dépenses. Si le prix de vente a été calculé en euros et s'il n'y a pas eu de modification de prix, le changement du cours de l'euro ne peut pas avoir eu de grandes répercussions sur la décision d'achat des clients potentiels qui se trouvaient en premier lieu dans la zone euro. Par la chute de cette monnaie, se présentait à la recourante toutefois le problème

qu'en maintenant le même prix calculé en euros, la marge de gain pour elle, en tant que producteur suisse, diminuait drastiquement. Les indemnités selon les art. 31 ss LACI ne servent toutefois pas à compenser ces pertes dues à la chute du cours d'une monnaie. Comme le remarque à juste titre le Seco, ces indemnités ne servent pas non plus d'apport pour faire redémarrer une production, ce d'autant plus qu'ainsi il n'y aurait pas de perte de travail.

d) Il apparaît toutefois que les employés de la recourante ont effectivement eu des réductions d'horaires de travail (cf. "rapport concernant les heures perdues" et tableau pour le mois d'avril 2011, annexes 12 et 13 des pièces de la recourante) et finalement, vu le refus de mesures par les autorités, la recourante a même licencié deux employés. Il ressort en plus des déclarations de la recourante qu'elle aurait procédé aux réductions de l'horaire de travail, contrairement à ce que laisse entendre le Seco, même si les autorités lui avaient accordé les indemnités en question selon les art. 31 ss LACI. Elle ne songeait donc pas à reprendre la production sans réduction d'horaire grâce aux indemnités.

La recourante n'avait par ailleurs pas reçu de commandes fermes pour 1'000 nouvelles pièces de son appareil C._____ qui, selon ses indications, devait lui permettre de réaliser un chiffre d'affaire de 600 fr. par appareil. Il s'agissait bien plutôt d'un pronostic suite à la vente d'une première série de 250 appareils. La recourante comptait produire dans une seconde série le nombre de 1'000 appareils, parce que, dans un premier temps, elle s'était attendue à les vendre à court terme. Cependant, contrairement à ce que les autorités prétendent, la recourante a dû faire face à un recul des commandes, respectivement elle n'a pas bénéficié de l'évolution escomptée des ventes suite à l'écoulement sur le marché de la première série de son appareil C._____; elle ne pouvait donc plus s'attendre à une vente de 1'000 appareils dans la période prévue. Déjà à l'origine de sa demande, elle avait exposé que le volume de ses ventes, qui avaient surtout lieu en Europe, avait baissé, en raison de la crise économique. Au 10 mai 2011, elle n'a pu obtenir des commandes que grâce à l'exposition mondiale de la dentisterie à Cologne

de fin mars 2011, pour environ 80 appareils (cf. lettre de B._____ du 10 mai 2011, annexe 4 des pièces de la recourante). Ces faits, ajoutés à la baisse du cours de l'euro, ne lui permettaient plus de terminer la production de la série de 1'000 appareils en cours, ce qui avait pour conséquence une perte de travail.

Certes, la recourante souffrait aussi d'un manque de liquidités. Cependant, il n'a jamais été question qu'elle ne puisse pas ou ne voulait plus honorer des commandes. Ces dernières n'ayant, suite à la crise économique, pas atteint les chiffres estimés dans un premier temps, la société ne pouvait plus produire le nombre prévu qui aurait dû être stocké pour pouvoir être vendu bien plus tard que prévu.

Dans cette mesure, il faudrait effectivement admettre que la perte de travail est due à des facteurs d'ordre économique, par un amalgame de facteurs tout autant conjoncturels que structurels.

e) Contrairement à l'avis du Seco, les pertes de travail qui résultent de problèmes de liquidités sont également inévitables au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACI. D'une part, il n'est de loin pas sûr que la recourante en tant que start-up avec des commandes en baisse aurait obtenu un crédit d'une banque pour produire toute la série d'appareil dans la période initialement prévue. Contrairement à ce qu'estiment les autorités, la recourante ne pouvait même pas offrir de garantie effective à la banque en lui cédant ses prétentions contre les acheteurs, si elle ne disposait pas de commandes pour les 1'000 appareils C._____. D'ailleurs, la recourante fait valoir qu'une demande de crédit auprès de sa banque avait échoué. Pour le reste, un manque de liquidités est régulièrement inhérent à une demande selon les art. 31 ss LACI, respectivement à la réduction de l'horaire de travail. L'argument tiré de l'absence d'un crédit ne paraît approprié que sous des conditions qui ne sont pas remplies en l'espèce, compte tenu de ce qui précède.

D'autre part et indépendamment de cela, la recourante ne pouvait pas éviter elle-même l'évolution défavorable des commandes de

ses appareils, car le volume de commandes dépend dans une large mesure de la volonté et des moyens à disposition des clients potentiels. Les autorités ne prétendent d'ailleurs pas que les prix de la recourante étaient surfaits ni que cette dernière aurait dû procéder à une baisse des prix afin d'être compétitive et de pouvoir écouler ses appareils.

En fin de compte, le Seco ne peut être suivi lorsqu'il soutient que la recourante aurait dû bénéficier d'un crédit pour (pré-)financer la production de la série de 1'000 appareils C._____. Cela reviendrait à demander à la recourante de fabriquer d'avance des appareils et de les stocker malgré le fait que les commandes ne suivaient pas à l'époque. Soit la perte de travail serait alors juste repoussée à plus tard, lorsque la production de la série d'appareils serait achevée, mais pas encore vendue. Soit la recourante se trouverait plus tard dans une situation financière précaire avec un grand nombre d'appareils invendus ainsi qu'un crédit et des intérêts à rembourser.

f) Cependant, la constitution d'un stock, soit dans le cas particulier d'appareils C._____ en vue de leur commercialisation mais sans que ceux-ci ne puissent être finalement vendus comme l'aurait espéré la société, doit être considérée comme un risque d'exploitation prévisible. En effet, l'existence d'un stock de produits ou de marchandises, sans vente simultanée, provoque un fléchissement de la trésorerie qu'une gestion saine d'entreprise impose d'anticiper. Et les pertes de travail résultant des variations des cours de change sont en principe assimilées aux risques normaux d'exploitation (pour un exemple: TF C 283/01 du 8 octobre 2003 consid. 4.3).

Toutefois, il a été reconnu que la force du franc suisse face à l'euro constatée en 2011 revêt un caractère extraordinaire, tant du fait de son ampleur que de sa durée, et les pertes de travail qui en résultent peuvent être prises en compte pour faire valoir l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (bulletin LACI 2011/34).

g) Cela étant, les éléments figurant au dossier ne permettent pas de statuer s'agissant du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. En effet, concrètement, il n'y a notamment aucun document permettant de déterminer l'évolution des commandes de l'appareil C._____ (par exemple chiffres mois par mois) voire l'existence des commandes, et d'étayer l'affirmation de la recourante selon laquelle le marché de cet appareil était prometteur au point d'en fabriquer 1'000 pièces à l'avance. De même, on ignore si l'autofinancement par les ventes de l'appareil O._____, les commandes effectives de l'appareil C._____ ou d'autres ressources de la société, auraient suffi à combler le manque à gagner dû à la production anticipée de l'appareil C._____, indépendamment de la chute extraordinaire de l'euro.

En outre, on ne sait pas dans quelle mesure les employés de la société étaient impliqués dans la production, respectivement dans la vente des produits ou dans la recherche, ni dans quelle mesure le fléchissement de la production se répercutait effectivement sur leur temps de travail. Les tâches respectives de chaque employé ne sont pas connues. A cela s'ajoute que l'intimé n'a pas procédé à l'examen de savoir si les conditions prévues par l'art. 31 al. 1 let. d LACI sont remplies.

En conséquence, il y a lieu de renvoyer la cause au Service de l'emploi pour complément d'instruction et nouvelle décision sur le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Vu la demande de la société, le Service de l'emploi aurait dû instruire lui-même d'office plus en avant la question (cf. art. 43 LPGA); c'est à lui de demander des précisions, si les indications de l'employeur ne sont pas suffisantes ou pas assez précises, ce d'autant plus qu'en l'espèce il s'agit d'une start-up, d'une première demande d'indemnités et qu'il manquait donc à la société l'expérience au sujet des exigences à une telle demande.

Dans cette mesure, l'audition des deux administrateurs de la société B._____ et K._____ par la Cour de céans est superflue. La question du licenciement de deux employés postérieurement à la date de

la décision attaquée pourra le cas échéant être prise en compte par l'intimé.

8. Le recours est donc bien fondé et doit être admis, en ce sens que la décision sur opposition du Service de l'emploi du 12 mai 2011 est annulée et la cause renvoyée à cette autorité pour complément d'instruction dans le sens des considérants, puis nouvelle décision.

9. La procédure étant en principe gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires.

La recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA), même si elle est représentée par une protection juridique (ATF 126 V 11 consid. 2; 122 V 278 consid. 3e/aa; TF 9C_768/2007 du 2 juillet 2008 consid. 3). Il convient de fixer les dépens à 1'400 fr et de les mettre à la charge du Service de l'emploi. Le montant est réduit vu qu'il ne s'agit pas de dépens pour un avocat oeuvrant dans une étude.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision rendue le 12 mai 2011 par le Service de l'emploi est annulée et la cause renvoyée à cette autorité pour complément d'instruction au sens des considérants puis nouvelle décision.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. Le Service de l'emploi versera à la recourante G._____ Sàrl une indemnité de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Fortuna, Compagnie d'assurance de protection juridique SA (pour G._____ Sàrl)
- Service de l'emploi
- Secrétariat d'état à l'économie

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :