

BVGer B-3314/2013 vom 16. Juni 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-06-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3314_2013

FR: TAF B-3314/2013 du 16 juin 2015

IT: TAF B-3314/2013 del 16 giugno 2015

Regeste

Assurance-chômage

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32], art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [Loi sur l'assurance-chômage, LACI, RS 837.0], art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA, art. 59 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA) sont par ailleurs respectées. Le recours est ainsi recevable.

E. 2

Vu en particulier les conclusions prises à titre principal par la recourante dans son recours et confirmées dans sa réplique (annulation des décisions attaquées et constatation que la recourante n'est tenue à aucune restitution de prestations), la dernière décision rendue par l'autorité inférieure - c'est-à-dire la décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) du 1er novembre 2013 (cf. consid. D.b in limine) - ne rend pas le recours sans objet. Comme il l'a indiqué dans sa décision incidente du 28 novembre 2013, le Tribunal administratif fédéral est, en vertu de l'art. 58 al. 3 PA, dès lors appelé à continuer à traiter le recours en tenant compte du fait que, dans sa décision du 1er novembre 2013, l'autorité inférieure rectifie le montant des prestations indues à rembourser et l'arrête à Fr. 16'758.90 (au lieu du montant de Fr. 28'192.45 réclamé initialement dans sa décision sur révision [...] du 22 février 2013 et dans sa décision sur opposition [concernant la décision sur révision [...] du 22 février 2013] du 10 mai 2013, puis du montant de Fr. 16'887.90 réclamé dans sa décision sur révision [...] du 9 septembre 2013).

E. 3.1

La LACI vise à garantir aux personnes assurées une compensation convenable du manque à gagner causé par le chômage, la réduction de l'horaire de travail, les intempéries et l'insolvabilité de l'employeur (art. 1a al. 1 LACI). L'art. 31 al. 1 LACI prévoit que 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 lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux

cotisations AVS (let. a), la perte de travail doit être prise en considération (art. 32 LACI) (let. b), le congé n'a pas été donné (let. c), 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). Selon l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b).

E. 3.2

Les prestations indûment touchées doivent être restituées (art. 95 al. 1 LACI en lien avec l'art. 25 al. 1 LPGA). L'organe de compensation - qui "est administré par le SECO" (art. 83 al. 3 LACI) - révisé les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (art. 83 al. 1 let. d LACI). Lorsqu'il constate que les prescriptions légales ne sont pas appliquées ou ne le sont pas correctement, il donne à la caisse ou à l'autorité compétente les instructions nécessaires (art. 83a al. 1 LACI). En matière de contrôles auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision. La caisse est chargée de l'encaissement (art. 83a al. 3 LACI). L'organe de contrôle et les bureaux fiduciaires qu'il a mandatés contrôlent périodiquement par sondages auprès des employeurs les indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries (art. 110 al. 4 OACI). L'organe de compensation communique à l'employeur, par voie de décision, le résultat du contrôle effectué auprès de ce dernier. La caisse se charge de l'encaissement des éventuels montants à rembourser en se fondant sur la décision de l'organe de compensation (art. 111 al. 2 OACI).

E. 4.1.1

Consacré au calcul de l'indemnité en cas de RHT, l'art. 34 LACI a la teneur suivante : "Art. 34 Calcul de l'indemnité 1 L'indemnité s'élève à 80 % de la perte de gain prise en considération. 2 Est déterminant jusqu'à concurrence de la limite supérieure du gain à prendre en considération pour le calcul des cotisations (art. 3), le salaire contractuel versé pour la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Dans ce salaire sont comprises les indemnités de vacances et les allocations régulières convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas versées pendant la période où l'horaire est réduit et à condition qu'elles ne soient pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Les augmentations de salaire, prévues par convention collective, qui prennent effet durant la période où l'horaire est réduit, sont prises en considération. 3 Le Conseil fédéral fixe les bases de calcul applicables lorsque le salaire subit des fluctuations considérables."

E. 4.1.2

Dans sa version du 31 août 1983, entrée en vigueur le 1er janvier 1984 (RO 1983 1205), l'art. 57 OACI (ci-après : art. 57 OACI [1983]) est formulé ainsi : "Art. 57 Bases de calcul applicables aux salaires subissant des fluctuations considérables (art. 34, al. 3, LACI) Lorsque le salaire du dernier mois de cotisation s'écarte d'au moins 10 % du salaire moyen des trois derniers mois, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est calculée sur la base de ce salaire moyen." Cette disposition a été remplacée par l'art. 57 OACI dans sa version du 11 mars 2011 (ci-après : art. 57 OACI [2011]), qui est entrée en vigueur le 1er avril 2011 (RO 2011 1179) et qui a la teneur suivante : "Art. 57 Bases de calcul applicables

aux salaires subissant des fluctuations considérables (art. 34, al. 3, LACI) Lorsque le salaire du dernier mois de cotisation s'écarte d'au moins 10 % du salaire moyen des douze derniers mois, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est calculée sur la base de ce salaire moyen."

E. 4.2

En l'espèce, il ressort du dossier (certificat de salaire 2009, mentionnant un salaire brut total de Fr. 32'200.- [pièce no 6 jointe au recours] ; avis de débit relatifs aux salaires versés en 2009 [pièce no 7 jointe au recours] ; certificat de salaire 2010, mentionnant un salaire brut total de Fr. 55'200.- [pièce no 8 jointe au recours] ; "Extrait du compte 2080 Virement Salaire du 1.1.2010 au 31.12.2010" [pièce no 11 jointe au recours] ; avis de débit relatifs aux salaires versés en 2010 [pièce no 12 jointe au recours]) que, durant les années 2009 et 2010, la recourante a versé à son employé D._____ les salaires nets suivants :
Date Salaire net Nombre Mois Salaire brut
24.04.2009 CHF 7'674.50 2 salaires ? CHF 9'200.00
15.07.2009 CHF 3'837.25 1 salaire ? CHF 4'600.00
27.08.2009 CHF 3'837.25 1 salaire ? CHF 4'600.00
30.09.2009 CHF 7'674.50 2 salaires ? CHF 9'200.00
02.11.2009 CHF 3'837.25 1 salaire ? CHF 4'600.00
19.03.2010 CHF 3'895.70 1 salaire février 2010 CHF 4'600.00
15.04.2010 CHF 3'895.70 1 salaire mars 2010 CHF 4'600.00
28.04.2010 CHF 3'895.70 1 salaire avril 2010 CHF 4'600.00
07.05.2010 CHF 3'895.70 1 salaire janvier 2010 CHF 4'600.00
10.06.2010 CHF 3'895.70 1 salaire mai 2010 CHF 4'600.00
16.07.2010 CHF 3'895.70 1 salaire juin 2010 CHF 4'600.00
06.08.2010 CHF 3'895.70 1 salaire juillet 2010 CHF 4'600.00
06.09.2010 CHF 3'895.70 1 salaire août 2010 CHF 4'600.00
07.10.2010 CHF 3'895.70 1 salaire septembre 2010 CHF 4'600.00
05.11.2010 CHF 3'895.70 1 salaire octobre 2010 CHF 4'600.00
03.12.2010 CHF 3'895.70 1 salaire novembre 2010 CHF 4'600.00
22.12.2010 CHF 3'895.70 1 salaire décembre 2010 CHF 4'600.00

E. 4.3.1.1

4.3.1.1.1 Dans son recours et dans sa réplique, la recourante affirme que le salaire contractuel de D._____ est de Fr. 4'600.- par mois et qu'il n'a pas varié. Elle ajoute qu'il n'y a pas lieu de retenir que le salaire a subi des fluctuations, le salaire 2009 convenu étant identique au salaire 2010. Elle soutient par ailleurs que le fait que D._____ ait abandonné une partie de son salaire en 2009 pour permettre à la recourante de survivre constitue un abandon de créance et non pas une modification de salaire. Selon la recourante, c'est sur la base du dernier salaire avant le début de la période de réduction, c'est-à-dire le salaire du mois de janvier 2010, à savoir Fr. 4'600.-, que l'indemnité en cas de RHT doit être calculée. Aucune prestation n'aurait par conséquent été perçue indûment par la recourante. En lien avec les conclusions subsidiaires de son recours, la recourante soutient, dans l'une des variantes de calcul qu'elle expose, qu'il s'agit également de se baser sur le salaire convenu, sans tenir compte de l'abandon de créance consenti par l'employé quant à une partie de ses salaires 2009. Enfin, dans sa réplique, la recourante maintient que le résultat des calculs de l'autorité inférieure a pour effet de péjorer gravement la situation financière de la recourante et de D._____, lequel avait déjà consenti à de nombreux sacrifices.
4.3.1.1.2 Pour sa part, dans sa décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) du 1er novembre 2013, l'autorité inférieure affirme qu'il serait illogique de verser des indemnités en cas de RHT sur la seule base du salaire contractuel et que le gain à prendre en considération doit être déterminé en fonction du dernier salaire contractuel versé avant le début de la RHT.

E. 4.3.1.2

La recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que, indépendamment du salaire effectivement versé, c'est le salaire brut fixé dans le contrat de travail qu'il convient de prendre en considération. Vu l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, c'est en effet le salaire contractuel "versé" pour la dernière période de paie avant le début de la RHT qui est déterminant pour le calcul de l'indemnité. La version allemande de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI n'est certes pas aussi claire : "Massgebend ist [...] der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor Beginn der Kurzarbeit". La version italienne non plus : "Determinante [...] è il salario, convenuto contrattualmente, dell'ultimo periodo salariale prima dell'inizio del lavoro ridotto". Or, il s'avère que le seul salaire contractuel ne doit être déterminant que pour les travailleurs nouvellement engagés (cf. Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Marché du travail et assurance-chômage (TC), Circulaire relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, Circulaire RHT, Janvier 2005 [ci-après : Circulaire RHT 2005] [remplacée par : Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR, Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Marché du travail / Assurance-chômage (TC), Bulletin LACI RHT (janvier 2014) (ci-après : Bulletin LACI RHT 2014)], E2 in fine ; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2e éd. 2006, p. 515 [note 1628] ; Thomas Nussbaumer, in : Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd. 2007, p. 2327 [note 1039]). Par ailleurs, vu le risque d'abus qu'engendrerait la prise en compte du seul salaire brut fixé dans le contrat de travail, il convient de retenir que, au sens de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, c'est le salaire contractuel effectivement versé pour la dernière période de paie avant le début de la RHT qui est déterminant pour le calcul de l'indemnité. En outre, étant donné que, par l'intermédiaire de l'art. 34 al. 3 LACI, l'art. 57 OACI est intimement lié à l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, ce sont également les salaires effectivement versés qui doivent servir de base au calcul prévu par l'art. 57 OACI. Ne saurait y changer quoi que ce soit le fait que D. _____ ait abandonné une partie de son salaire en 2009 pour permettre à la recourante de survivre et le fait que tant sa situation financière que celle de la recourante en soit péjorée dans le calcul de l'indemnité en cas de RHT. L'interprétation de l'art. 57 OACI, selon laquelle ce sont les salaires effectivement versés qui doivent servir de base au calcul, découle en effet directement de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, qui lie le Tribunal administratif fédéral (cf. art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). Et rien n'indique d'ailleurs que la recourante n'aurait pas pu requérir plus tôt des indemnités en cas de RHT. En conclusion, à l'instar de l'autorité inférieure, le Tribunal administratif fédéral prendra en considération les fluctuations qui résultent de l'absence de versement de certains salaires par la recourante.

E. 4.3.2

Conformément à l'art. 34 al. 3 LACI, l'art. 57 OACI "fixe les bases de calcul applicables lorsque le salaire subit des fluctuations considérables". L'art. 57 OACI (2011) ayant succédé à l'art. 57 OACI (1983) le 1er avril 2011, il s'agit de déterminer le régime juridique applicable en l'espèce.

E. 4.3.2.1

Dans sa décision sur révision [...] du 22 février 2013 et dans sa décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 22 février 2013) du 10 mai 2013, l'autorité inférieure se base implicitement sur l'art. 57 OACI (2011) ("salaire moyen des douze

derniers mois"). En revanche, dans sa décision sur révision [...] du 9 septembre 2013, elle applique l'art. 57 OACI (1983) ("salaire moyen des trois derniers mois") en indiquant qu'elle se fonde sur "les dispositions en vigueur à la date du début du versement des indemnités". Elle continue à appliquer l'art. 57 OACI (1983) dans sa décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) du 1er novembre 2013. Pour sa part, dans son opposition du 9 avril 2013, la recourante souligne que, "[d]ans les instructions [à sa disposition], à savoir les instructions "Infoservice", rien n'indique que seuls les trois derniers salaires payés sont déterminants". Dans son recours, elle se base sur l'art. 57 OACI (2011) ("salaire moyen des douze derniers mois" [recours, p. 7]). Dans sa réplique, elle se réfère en revanche à l'art. 57 OACI (1983) ("salaire moyen des trois derniers mois").

E. 4.3.2.2

Conformément aux principes généraux de droit intertemporel, le droit matériel applicable, en cas de changement de règles de droit, est celui qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, sous réserve de dispositions contraires de droit transitoire (cf. ATF 139 V 335 consid. 6.2, ATF 137 V 394 consid. 3, ATF 137 V 105 consid. 5.3.1, ATF 136 V 24 consid. 4.3, ATF 130 V 445 consid. 1.2.1, ATF 126 V 134 consid. 4b ; cf. Moser/ Beusch/ Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd. 2013, n. 2.202 ; Moor/ Flückiger/ Martenet, *Droit administratif*, vol. I [Les fondements], 3e éd. 2012, p. 184 ; cf. Boris Rubin, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014, art. 118 LACI N 2).

E. 4.3.2.3

4.3.2.3.1 Il convient tout d'abord de relever que la question du calcul de l'indemnité en cas de RHT est en premier lieu réglée par l'art. 34 LACI et que la seule modification de cette disposition du 25 juin 1982 remonte au 5 octobre 1990 (nouvelle teneur de l'art. 34 al. 2 phrase 2 LACI, en vigueur depuis le 1er janvier 1992 [RO 1991 2125 ; FF 1989 III 369]). En l'espèce, à la différence de l'art. 57 OACI, l'art. 34 LACI ne pose donc pas de problème sous l'angle du droit intertemporel. 4.3.2.3.2 L'ordonnance du 11 mars 2011 (RO 2011 1179), qui prévoit le remplacement de l'art. 57 OACI (1983) par l'art. 57 OACI (2011), n'instaure aucune règle particulière en ce qui concerne son application dans le temps, si ce n'est qu'elle entre en vigueur le 1er avril 2011. D'une manière générale, l'OACI elle-même ne contient pas non plus de règle de droit intertemporel ou encore de régime transitoire qui, comme par exemple l'art. 82 al. 1 phrase 1 LPG, prévoirait que "[l]es dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur". Ce sont dès lors les principes généraux de droit intertemporel (cf. consid. 4.3.2.2) qu'il convient d'appliquer en l'espèce. 4.3.2.3.3 4.3.2.3.3.1 L'art. 38 al. 1 LACI prévoit que, "[d]ans le délai de trois mois à compter de l'expiration de chaque période de décompte, l'employeur fait valoir auprès de la caisse qu'il a désignée l'ensemble des prétentions à indemnité pour les travailleurs de son entreprise". Comme le précise l'art. 61 OACI, "[l]e délai pour exercer le droit à l'indemnité commence à courir le premier jour qui suit la fin de la période de décompte". "Est réputé période de décompte, un laps de temps d'un mois ou de quatre semaines consécutives" (art. 32 al. 5 LACI [cf. également : art. 53 OACI]). Selon l'art. 39 al. 1 LACI, "[l]a caisse examine si les conditions personnelles fixées aux art. 31, al. 3, et 32, al. 1, let. b, sont remplies". "Lorsque toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont remplies et que l'autorité cantonale n'a soulevé aucune objection, la caisse rembourse à l'employeur, en règle générale

dans le délai d'un mois, l'indemnité dûment versée [...]" (art. 39 al. 2 LACI). 4.3.2.3.3.2 L'octroi d'indemnités en cas de RHT implique donc que les conditions posées par les art. 31 ss LACI soient remplies à tout moment pendant chacune des périodes de décompte, qu'il s'agit de considérer individuellement. Au contraire de ce que sous-entend l'autorité inférieure lorsqu'elle affirme, dans sa décision sur révision [...] du 9 septembre 2013, qu'elle se fonde sur "les dispositions en vigueur à la date du début du versement des indemnités" pour appliquer l'art. 57 OACI (1983), rien n'indique que l'ensemble des périodes de décompte doive être considéré comme un tout - un état de fait durable - qu'il conviendrait d'apprécier globalement selon un seul régime juridique. Il s'agit donc de retenir que chacune des périodes de décompte doit être examinée individuellement, au regard des dispositions en vigueur pendant la période de décompte en cause (dans le même sens : arrêt du Tribunal fédéral 8C_315/2012 du 1er juin 2012 consid. 3.2 [et les réf. cit.]). Conformément aux principes généraux de droit intertemporel (cf. consid. 4.3.2.2), c'est en effet le droit matériel qui était en vigueur lors de chacune des périodes de décompte qui est déterminant. Ce, d'ailleurs, dans l'esprit de l'art. 118 al. 2 LACI, selon lequel "[l]es dispositions abrogées continuent de s'appliquer aux faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente loi". 4.3.2.3.4 En l'espèce, il convient par conséquent d'appliquer l'art. 57 OACI (1983) aux périodes de décompte comprises entre le 15 février 2010 et le 31 mars 2011. Quant à l'art. 57 OACI (2011), entré en vigueur le 1er avril 2011, il doit être appliqué aux périodes de décompte comprises entre le 1er avril 2011 et le 31 décembre 2011.

E. 4.3.3

En vertu de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, c'est "[...] le salaire contractuel versé pour la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail" qui est déterminant pour le calcul de l'indemnité en cas de RHT. Vu que l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI n'a pas subi de modification durant les périodes de décompte en cause, il est applicable à l'ensemble d'entre elles (cf. consid. 4.3.2.3.1). Il ressort de l'art. 6 du contrat de travail du 10 décembre 2009 entre la recourante et D._____ (pièce no 5 jointe au recours) que "[l]'employé reçoit un salaire mensuel minimum de Fr. 4'600.- [...]". La recourante a obtenu des indemnités en cas de RHT à partir du 15 février 2010. Il s'avère par conséquent que, au sens de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, "la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail" est le mois de janvier 2010 (cf. Rubin, op. cit., p. 515 ; Nussbaumer, op. cit., p. 2327). Selon les explications de la recourante, le salaire du mois de janvier 2010 a bel et bien été versé, mais en retard, à savoir le 7 mai 2010. Il convient dès lors de retenir - à l'instar de l'autorité inférieure, dès sa nouvelle décision sur révision [...] du 9 septembre 2013 - que, au sens de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, "le salaire contractuel versé" pour le mois de janvier 2010 est de Fr. 3'895.70, ce qui correspond à un salaire mensuel brut de Fr. 4'600.- (cf. consid. 4.2).

E. 4.3.3.1

4.3.3.1.1 L'art. 57 OACI (1983), applicable aux périodes de décompte comprises entre le 15 février 2010 et le 31 mars 2011 (cf. consid. 4.3.2.3.4), prévoit que, "[l]orsque le salaire du dernier mois de cotisation s'écarte d'au moins 10 % du salaire moyen des trois derniers mois, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est calculée sur la base de ce salaire moyen". 4.3.3.1.2 En l'espèce, les trois derniers mois à prendre en considération sont les mois de novembre 2009, décembre 2009 et janvier 2010. 4.3.3.1.2.1 Pour le mois de janvier 2010, un salaire correspondant à un salaire brut de Fr. 4'600.- a été versé (cf. consid. 4.3.3). 4.3.3.1.2.2 Entre le 1er octobre 2009 et le 31 décembre 2009, seul un salaire

correspondant à un salaire brut de Fr. 4'600.- a été versé le 2 novembre 2009 (cf. consid. 4.2).

4.3.3.1.3 Force est de constater que l'art. 57 OACI (1983) n'indique pas ce qu'il faut entendre exactement par "salaire moyen des trois derniers mois". Dans sa décision du 1er novembre 2013, afin de déterminer le salaire relatif aux mois de novembre 2009 et de décembre 2009, l'autorité inférieure indique que deux solutions sont possibles : "[s]oit tenir compte des flux réels, soit faire une moyenne des revenus obtenus durant l'année, la preuve du versement des revenus afférents à tel mois de travail étant manquante".

4.3.3.1.3.1 La première méthode amène à prendre en considération les salaires suivants : Novembre 2009 Fr. 4'600.- Décembre 2009 Fr. 0.- Janvier 2010 Fr. 4'600.- Total Fr. 9'200.- Le salaire moyen des trois derniers mois est ainsi de Fr. 3'067.- (c'est-à-dire : Fr. 9'200.- / 3).

4.3.3.1.3.2 La seconde méthode amène à prendre en considération, pour les mois de novembre 2009 et de décembre 2009, la moyenne des salaires bruts correspondant aux salaires versés durant les douze mois de l'année 2009 (cf. consid. 4.2), soit un montant de Fr. 2'683.- (c'est-à-dire : [Fr. 4'600.- x 7] / 12) : Novembre 2009 Fr. 2'683.- Décembre 2009 Fr. 2'683.- Janvier 2010 Fr. 4'600.- Total Fr. 9'966.- Le salaire moyen des trois derniers mois est ainsi de Fr. 3'322.- (c'est-à-dire : Fr. 9'966.- / 3).

4.3.3.1.4 4.3.3.1.4.1 Dans sa décision du 1er novembre 2013, l'autorité inférieure applique la seconde méthode et retient donc, comme salaire moyen des trois derniers mois, un montant de Fr. 3'322.-.

4.3.3.1.4.2 Il n'y a guère de raison de s'écarter de cette solution. L'art. 57 OACI (1983) vise avant tout le cas dans lequel le salaire subit certes "des fluctuations considérables" (cf. art. 34 al. 3 LACI), mais fait l'objet d'un versement mensuel. Il est par conséquent mal adapté au cas d'espèce, dans lequel le salaire (d'un montant fixe) est versé de manière irrégulière dans le temps. Le but de l'art. 34 al. 3 LACI, que doit concrétiser l'art. 57 OACI, est d'éviter que "le salaire contractuel versé pour la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail", qui est déterminant en vertu de l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, ne s'écarte de manière trop importante du salaire habituel du travailleur concerné. La solution retenue par l'autorité inférieure est dès lors adaptée et équitable dans la mesure où elle atténue les effets du versement irrégulier du salaire dans le temps par la prise en considération, pour les mois de novembre 2009 et de décembre 2009, du salaire annuel moyen de l'année 2009. À noter d'ailleurs que cette solution est dans la ligne de la Circulaire RHT 2005, qui prévoyait - à la suite des règles prévues par l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI et par l'art. 57 OACI (1983) - que, "[l]orsque le salaire est soumis à de fortes fluctuations en raison de la nature du rapport de travail, la caisse calcule le gain déterminant sur la base des douze derniers mois de cotisation" (Circulaire RHT 2005, E2).

4.3.3.1.5 Il convient d'ajouter ici que la recourante ne peut être suivie lorsque, dans sa réplique, elle prend en compte, en application de l'art. 57 OACI (1983), le salaire correspondant à la période allant du 15 novembre 2009 au 15 février 2010 (cf. consid. D.b). Ce faisant, la recourante se réfère à la période de trois mois qui précède immédiatement la date du début de la RHT, en l'occurrence le 15 février 2010. Or, selon l'art. 34 al. 2 phrase 1 LACI, c'est clairement le salaire contractuel versé pour "la dernière période de paie avant le début de la réduction de l'horaire de travail" - c'est-à-dire le salaire contractuel de Fr. 4'600.- relatif au mois de janvier 2010 (cf. consid. 4.3.3) - qui est déterminant et qui correspond au salaire du "dernier mois de cotisation" - c'est-à-dire le dernier des trois mois à prendre en considération dans la comparaison des salaires prévue par l'art. 57 OACI (1983). Au regard de l'art. 57 OACI (1983), les trois derniers mois à prendre en considération sont donc bien les mois de novembre 2009, décembre 2009 et janvier 2010 et non pas la période allant du 15 novembre 2009 au 15 février 2010. Peut ainsi rester ouverte la question de savoir s'il est équitable de considérer comme suffisante

pour appliquer l'art. 57 OACI (1983) la différence de salaire de 11 % seulement mise en évidence par le calcul effectué par la recourante dans sa réplique (p. 4) sur la base de la période allant du 15 novembre 2009 au 15 février 2010. 4.3.3.1.6 En conclusion, au sens de l'art. 57 OACI (1983), le salaire du dernier mois de cotisation (c'est-à-dire le salaire brut de Fr. 4'600.- du mois de janvier 2010) s'écarte d'au moins 10 % (en l'occurrence de 38.47 % [(Fr. 4'600.- - Fr. 3'322.-) / Fr. 3'322.- x 100]) du salaire moyen des trois derniers mois (c'est-à-dire d'un salaire brut moyen de Fr. 3'322.- pour les mois de novembre 2009, décembre 2009 et janvier 2010). L'indemnité en cas de RHT doit par conséquent être calculée en fonction d'un salaire moyen de Fr. 3'322.- pour les périodes de décompte comprises entre le 15 février 2010 et le 31 mars 2011.

E. 4.3.3.2

4.3.3.2.1 L'art. 57 OACI (2011), applicable aux périodes de décompte comprises entre le 1er avril 2011 et le 31 décembre 2011 (cf. consid. 4.3.2.3.4), prévoit que, "[l]orsque le salaire du dernier mois de cotisation s'écarte d'au moins 10 % du salaire moyen des douze derniers mois, l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est calculée sur la base de ce salaire moyen". 4.3.3.2.2 En l'espèce, les douze derniers mois à prendre en considération vont du mois de février 2009 au mois de janvier 2010. 4.3.3.2.2.1 Pour le mois de janvier 2010, un salaire correspondant à un salaire brut de Fr. 4'600.- a été versé (cf. consid. 4.3.3). 4.3.3.2.2.2 Entre le 1er février 2009 et le 31 décembre 2009, seuls sept salaires correspondant à un salaire brut de Fr. 4'600.- ont été versés (cf. consid. 4.2). 4.3.3.2.3 Dès lors, du mois de février 2009 au mois de janvier 2010, un total de huit salaires correspondant à un salaire brut de Fr. 4'600.- a été versé par la recourante. Le salaire moyen des douze derniers mois est ainsi de Fr. 3'067.- (c'est-à-dire [Fr. 4'600.- x 8] / 12). 4.3.3.2.4 En conclusion, au sens de l'art. 57 OACI (2011), le salaire du dernier mois de cotisation (c'est-à-dire le salaire brut de Fr. 4'600.- du mois de janvier 2010) s'écarte d'au moins 10 % (en l'occurrence de 49.98 % [(Fr. 4'600.- - Fr. 3'067.-) / Fr. 3'067.- x 100]) du salaire moyen des douze derniers mois (c'est-à-dire d'un salaire brut moyen de Fr. 3'067.- pour la période comprise entre le mois de février 2009 et le mois de janvier 2010). L'indemnité en cas de RHT doit par conséquent être calculée en fonction d'un salaire moyen de Fr. 3'067.- pour les périodes comprises entre le 1er avril 2011 et le 31 décembre 2011.

E. 4.3.4.1

Dans sa dernière décision du 1er novembre 2013, l'autorité inférieure se base, pour le calcul de l'ensemble des indemnités en cas de RHT versées du 15 février 2010 au 31 décembre 2011, sur un salaire moyen de Fr. 3'322.-. Or, le Tribunal administratif fédéral est d'avis que, si l'indemnité en cas de RHT doit effectivement être calculée sur la base d'un salaire moyen de Fr. 3'322.- pour les périodes de décompte comprises entre le 15 février 2010 et le 31 mars 2011 (cf. consid. 4.3.3.1.6), elle doit en revanche être calculée sur la base d'un salaire moyen de Fr. 3'067.- pour les périodes de décompte comprises entre le 1er avril 2011 et le 31 décembre 2011 (cf. consid. 4.3.3.2.4).

E. 4.3.4.2

Dans les "décomptes RHT" qu'elle joint à ses décisions, l'autorité inférieure calcule tout d'abord, sur la base du "salaire mensuel de base", le "gain horaire déterminant", qui sert ensuite à fixer, pour chaque période de décompte, le montant de l'indemnité en cas de RHT à laquelle la recourante peut prétendre pour son employé. 4.3.4.2.1 Pour l'année 2010, vu les 1840 heures effectives à accomplir, le "gain horaire déterminant" correspondant à un

"salaire mensuel de base" de Fr. 3'322.- est de Fr. 21.67 (c'est-à-dire : Fr. 3'322.- x 12 / 1840). 4.3.4.2.2 Pour l'année 2011, vu les 1824 heures effectives à accomplir, le "gain horaire déterminant" correspondant à un "salaire mensuel de base" de Fr. 3'322.- est de Fr. 21.86 (c'est-à-dire : Fr. 3'322.- x 12 / 1824). Quant au "gain horaire déterminant" correspondant à un "salaire mensuel de base" de Fr. 3'067.-, il est de Fr. 20.18 (c'est-à-dire : Fr. 3'067.- x 12 / 1824).

E. 4.3.4.3

En fonction du "gain horaire déterminant" (ci-dessous : "Gain horaire"), retenu tout d'abord par l'autorité inférieure (ci-dessous : "Selon l'autorité inf."), puis par le Tribunal administratif fédéral (ci-dessous : "Selon le TAF"), le tableau suivant présente (sur la base des "décomptes RHT" joints à la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013 [pièce jointe à la réponse ; pièce no 3 jointe à la duplique] et à la décision sur opposition [concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013] du 1er novembre 2013 [pièce no 1 jointe à la duplique]), pour chaque période de décompte, la différence entre l'indemnité en cas de RHT effectivement perçue par la recourante et le montant auquel la recourante avait réellement droit (ci-dessous : "Différence") : Selon l'autorité inf. Selon le TAF Période de décompte Gain horaire Différence Gain horaire Différence 15-28 février 2010 21.67 376.65 21.67 376.65 1er-31 mars 2010 21.67 892.90 21.67 892.90 1er-30 avril 2010 21.67 778.20 21.67 778.20 1er-31 mai 2010 21.67 663.50 21.67 663.50 1er-30 juin 2010 21.67 878.50 21.67 878.50 1er-31 juillet 2010 21.67 806.85 21.67 806.85 1er-31 août 2010 21.67 806.90 21.67 806.90 1er-30 septembre 2010 21.67 821.20 21.67 821.20 1er-31 octobre 2010 21.67 821.20 21.67 821.20 1er-30 novembre 2010 21.67 606.20 21.67 606.20 1er-31 décembre 2010 21.67 663.50 21.67 663.50 1er-31 janvier 2011 21.86 786.65 21.86 786.65 1er-28 février 2011 21.86 801.15 21.86 801.15 1er-31 mars 2011 21.86 815.65 21.86 815.65 1er-30 avril 2011 21.86 728.75 20.18 874.50 1er-31 mai 2011 21.86 844.65 20.18 1'013.55 1er-30 juin 2011 21.86 699.75 20.18 839.65 1er-31 juillet 2011 21.86 728.75 20.18 874.50 1er-31 août 2011 21.86 728.75 20.18 874.45 1er-30 septembre 2011 21.86 714.25 20.18 857.00 1er-31 octobre 2011 21.86 641.75 20.18 770.05 1er-30 novembre 2011 21.86 583.80 20.18 700.55 1er-31 décembre 2011 21.86 569.35 20.18 683.15 Total 16'758.85 18'006.45 Ce tableau met en évidence le fait que ce n'est pas un montant de Fr. 16'758.90 dont l'autorité inférieure aurait dû demander le remboursement à la recourante, mais un montant de Fr. 18'006.45.

E. 4.3.5.1

Selon l'art. 62 al. 2 PA, "[l]'autorité de recours peut modifier au détriment d'une partie la décision attaquée, lorsque celle-ci viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits : pour inopportunité, la décision attaquée ne peut être modifiée au détriment d'une partie, sauf si la modification profite à la partie adverse". L'art. 62 al. 3 PA prévoit en outre que, "[s]i l'autorité de recours envisage de modifier, au détriment d'une partie, la décision attaquée, elle l'informe de son intention et lui donne l'occasion de s'exprimer". Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité de recours ne fait usage de la possibilité offerte par l'art. 62 al. 2 PA que lorsque la décision attaquée est manifestement incorrecte et que la modification a une importance considérable (arrêt du Tribunal administratif fédéral A 4728/2011 du 20 août 2012 consid. 1.3). Il convient en outre de prendre en considération les intérêts privés et publics en jeu et d'examiner si l'intérêt à l'application correcte du droit fédéral permet de justifier l'aggravation de la situation du recourant (Moser/ Beusch/ Kneubühler, op. cit., n. 3.200a ; Thomas Häberli, in

: Waldmann/ Weissenberger [éd.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, art. 62 N 24 25).

E. 4.3.5.2

En l'espèce, la modification de la décision attaquée - c'est-à-dire de la dernière décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) du 1er novembre 2013 (cf. consid. 2) - ferait passer le montant que la recourante est tenue de rembourser de Fr. 16'758.90 à Fr. 18'006.45. Une telle différence (Fr. 1'247.55) est relativement faible. Quant à l'erreur commise par l'autorité inférieure, elle ne saurait être qualifiée de manifeste. Enfin, vu que, dans les décisions qu'elle a rendues dans la présente cause, l'autorité inférieure a appliqué tant l'art. 57 OACI (2011) que l'art. 57 OACI (1983) (cf. consid. 4.3.2.1), il est fort probable que des décisions qu'elle a rendues dans d'autres causes contiennent la même erreur. Dans ces conditions, aucun intérêt privé ou public ne saurait justifier la modification de la décision attaquée au détriment de la recourante.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que, bien qu'elle eût dû fixer ce montant à Fr. 18'006.45, c'est à juste titre que l'autorité inférieure a, dans sa dernière décision du 1er novembre 2013, astreint la recourante à rembourser à la Caisse B._____ à C._____ un montant de Fr. 16'758.90, correspondant à des indemnités en cas de RHT indûment touchées du 15 février 2010 au 31 décembre 2011 en faveur de l'un de ses employés. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté, dans la mesure où la nouvelle décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) rendue par l'autorité inférieure le 1er novembre 2013 ne l'a pas rendu sans objet (cf. consid. 2).

E. 6.1

Les frais de procédure - comprenant l'émolument judiciaire et les débours - sont mis à la charge de la partie qui succombe ; si cette partie n'est déboutée que partiellement, les frais de procédure sont réduits (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). Lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue. Si la procédure est devenue sans objet, sans que cela soit imputable aux parties, les frais de procédure sont fixés au vu de l'état des faits avant la survenance du motif de liquidation (art. 5 FITAF).

E. 6.2.1

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 1'900.-.

E. 6.2.2

Il s'avère que la décision attaquée initialement, c'est-à-dire la décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 22 février 2013) du 10 mai 2013 astreignait la recourante au remboursement d'un montant de Fr. 28'192.45. Or, dans sa dernière décision, c'est-à-dire la décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) du 1er novembre 2013, l'autorité inférieure arrête le montant à rembourser à Fr. 16'758.90. Ce sont donc les nouvelles décisions au sens de l'art. 53 al. 3 LPG et de l'art. 58 PA rendues par l'autorité inférieure au cours de la présente procédure de recours qui

ont conduit à une baisse d'environ 40 % du montant à rembourser par la recourante. Dans ces conditions, et compte tenu du fait que le recours doit être rejeté dans la mesure où la nouvelle décision sur opposition (concernant la décision sur révision [...] du 9 septembre 2013) rendue par l'autorité inférieure le 1er novembre 2013 ne l'a pas rendu sans objet, il se justifie de réduire à un montant de Fr. 1'150.- les frais de procédure mis à la charge de la recourante. Ce montant sera compensé, dès l'entrée en force du présent arrêt, par l'avance de frais de Fr. 1'900.- versée par la recourante le 5 juillet 2013 ; le solde de Fr. 750.- lui sera restitué.

E. 6.2.3

Enfin, en vertu de l'art. 63 al. 2 PA, aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure.

E. 7.1

La partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause et qui est représentée par un mandataire a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 et 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat ou l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF). Le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus, pour les mandataires professionnels n'exerçant pas la profession d'avocat, il est de Fr. 100.- au moins et de Fr. 300.- au plus ; ces tarifs s'entendent hors TVA (art. 10 al. 2 FITAF). Selon l'art. 14 al. 1 FITAF, les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations. Le Tribunal fixe les dépens sur la base du décompte ; à défaut de décompte, il fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). En vertu de l'art. 15 FITAF, lorsqu'une procédure devient sans objet, le tribunal examine s'il y a lieu d'allouer des dépens. L'art. 5 FITAF s'applique par analogie à la fixation des dépens.

E. 7.2.1

En l'espèce, la recourante, représentée par un avocat, ne succombe pas entièrement (cf. consid. 6.2.2). La procédure de recours ne comportait pas de questions de fait ou de droit inhabituelles ou exceptionnellement ardues. Dès lors, à défaut de décompte fourni par l'avocat de la recourante, il se justifie, sur la base du dossier, d'allouer à la recourante, à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA), une indemnité de dépens, qu'il convient d'arrêter à Fr. 1'500.-, y compris le supplément de TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

E. 7.2.2

Quant à l'autorité inférieure, elle n'a pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.