

BVGer B-3939/2011 vom 29. November 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-11-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3939_2011

FR: TAF B-3939/2011 du 29 novembre 2011

IT: TAF B-3939/2011 del 29 novembre 2011

Regeste

Assurance-chômage

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (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 [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 (art. 48 al. 1 let. a à c 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 autres conditions de recevabilité sont respectées (art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA, art. 60 al. 1 LPGA). Le recours est ainsi recevable.

E. 2

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). 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 (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) (art. 31 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) (art. 32 al. 1 LACI). Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accomplie par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 et 66a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 [OACI, RS 837.02]). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale de travail, une fois additionnées les heures de travail en plus. Comptent comme heures de travail en plus les heures payées ou non encore payées qui excèdent le nombre d'heures à effectuer selon l'horaire de travail contractuel. Ne comptent pas comme heures de travail en plus, les heures effectuées dans le cadre du régime d'horaire mobile de l'entreprise, pour autant qu'elles ne dépassent pas 20 heures, ni les heures de compensation ou de rattrapages imposées par l'entreprise pour

compenser des ponts entre les jours fériés (art. 46 al. 2 et 66a al. 2 OACI). L'organe de compensation 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 contrôle 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 compensation 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). Il 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). Les prestations indûment touchées doivent être restituées (art. 95 al. 1 LACI en lien avec l'art. 25 al. 1 LPGA).

E. 3

En l'espèce, l'autorité inférieure a requis de la recourante le remboursement de Fr. 136'069.50 correspondant à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail indûment versées. Pour motif, elle a retenu que la recourante ne disposait pas d'un système de contrôle de l'horaire de travail. La recourante, qui ne conteste pas le montant précité, prétend en bref qu'elle dispose d'un système de contrôle du temps de travail adéquat (consid. 4). Dans ce contexte, elle fait grief au SECO d'avoir constaté les faits pertinents de manière erronée en renonçant à auditionner les employés concernés par les indemnités (consid. 5). Elle invoque enfin sa bonne foi (consid. 6).

E. 4

La recourante fait d'abord valoir qu'il n'y a aucune obligation que le contrôle du temps de travail soit effectué au moyen de fiches de timbrage. L'horaire de travail pourrait être vérifié au moyen de toute pièce l'attestant. Elle prétend à cet égard que le système qu'elle a mis au point est propre à démontrer l'horaire de travail.

E. 4.1

L'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit notamment que n'ont pas droit à l'indemnité, les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable. L'art. 46b al. 1 OACI précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise. Selon la jurisprudence, il incombe à l'employeur de prouver la perte de travail (voir en ce sens : arrêt du Tribunal fédéral C 140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3778/2009 du 27 août 2011 consid. 3, B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 3 et B 3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4). En effet, le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité qui, soit est remplie, soit fait défaut. Lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît donc comme erroné et justifie une restitution. Vouloir émettre des doutes à ce sujet revient à inverser le fardeau de la preuve qui, sur ce point précis, incombe clairement à l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B 7901/2007 du 10 novembre 2008 consid. 4.3.3 ; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2e éd., Zurich 2006, p. 490 et les réf. cit.). L'obligation de contrôle de

la perte de travail par l'employeur résulte de la nature même de cette prestation d'assurance. Du moment où le facteur déterminant est la réduction de l'horaire de travail et que celle-ci se mesure nécessairement en proportion des heures normalement effectuées par les travailleurs, l'entreprise doit être en mesure d'établir de manière précise et si possible indiscutable, à l'heure près, l'ampleur de la réduction donnant lieu à l'indemnisation pour chaque bénéficiaire de l'indemnité (arrêt du Tribunal fédéral C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 et C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4 s.). Sauf circonstances exceptionnelles, l'exigence relative au contrôle du temps de travail n'est satisfaite que par un relevé quotidien et suivi des heures de travail effectivement accomplies par les employés concernés par la réduction de l'horaire de travail qui ne peut être remplacé par des documents présentés seulement après coup (arrêt du Tribunal fédéral C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-8093/2011 du 16 juin 2011 consid. 3 et B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4). Il en va de même dans le cas de personnes percevant un salaire mensuel (arrêt du Tribunal fédéral C 140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.3). L'horaire de travail peut être vérifié au moyen de cartes de timbrage, de rapports sur les heures ou sur les déplacements accomplis, ainsi que par le biais de toute autre pièce attestant cet horaire (arrêt du Tribunal fédéral C 295/02 du 12 juin 2003 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours DFE [ci-après : REKO-DFE] du 1er juin 2005, publiée in : Revue du droit du travail et assurance-chômage [DTA] 2005 283 consid. 4.3 ; Thomas Nussbaumer, in : Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd., Bâle 2007, p. 2315 ; Rubin, op. cit., p. 486). La perte de travail n'est réputée suffisamment contrôlable que si les heures effectives de travail peuvent être contrôlées pour chaque jour, ceci étant la seule façon de garantir que les heures supplémentaires devant être compensées pendant la période de décompte soient prises en compte dans le calcul de la perte de travail mensuelle (arrêt du Tribunal fédéral C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; Rubin, op. cit., p. 490). Un total des heures perdues à la fin du mois ne permet pas de rendre suffisamment contrôlable la perte de travail (Erwin Murer/Hans Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3e éd., Bâle/Genève, p. 181 et les réf. cit.). De même, le fait de contrôler les présences et les absences ne suffit pas (arrêt du Tribunal fédéral C 140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7901/2007 du 10 novembre 2008 consid. 4.2).

E. 4.2

En l'espèce, l'autorité inférieure a établi, lors du contrôle de la recourante le 2 février 2011, un rapport intitulé "Documents vérifiés lors du contrôle de la légitimité de l'indemnité perçue en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempérie". Dans ce document, il est indiqué qu'aucun enregistrement ad hoc du temps de travail susceptible de fournir des renseignements sur les heures travaillées (y compris les heures en plus et les heures supplémentaires), les heures de travail perdues dues à des facteurs d'ordre économique, ainsi que sur les absences (vacances, jours fériés, maladie, accident, service militaire, etc.) n'a été effectué par l'entreprise pour les travailleurs et pendant les périodes de décomptes à partir de janvier 2009 pour V. _____ et à partir de juillet 2010 pour toute l'entreprise. La recourante a confirmé l'exactitude de ce rapport en y apposant sa signature. Dans son recours, la recourante soutient que, si aucun système de timbrage n'existait dans son entreprise, elle disposait toutefois d'un moyen de contrôle du temps de travail suffisant. Elle expose à cet égard qu'elle marquait d'une croix dans ses décomptes les jours non travaillés

par ses employés et la véracité de ces décomptes était attestée par la signature des employés concernés. Elle prétend ainsi qu'elle a contrôlé, par un relevé quotidien, les heures de travail effectivement accomplies pour les employés concernés par la réduction de l'horaire de travail, dès lors que ces décomptes indiquaient en outre que la durée de travail déterminante était de huit heures par jour pour chaque employé, sauf pour T. _____ pour qui elle était de quatre heures. Les totaux des heures perdues indiqués sur ces décomptes correspondraient donc au nombre de jours perdus multiplié par les heures journalières de travail. La recourante ajoute que, s'il y avait eu des heures supplémentaires lors de certains jours de travail, elle l'aurait bien évidemment mentionné sur ces décomptes et estime qu'il va d'ailleurs de soi que, lorsqu'une entreprise se trouve en difficultés financières, il n'y a pas suffisamment de travail pour que ses employés puissent effectuer des heures supplémentaires. Il ressort de ce qui précède que les relevés mis en place par la recourante ne permettent que de distinguer les jours travaillés des jours non travaillés. En revanche, il n'est procédé par ce biais à aucun relevé des heures de travail, y compris des heures supplémentaires et des heures en plus ou des heures d'absence pour cause notamment de vacances, de maladie ou de service militaire. Or, comme nous venons de le voir, un tel système est insuffisant, dès lors qu'il n'est à l'évidence pas propre à établir à l'heure près et pour chaque jour les heures de travail perdues (cf. consid. 4.1). Les allégations développées dans ce contexte par la recourante sont par conséquent dénuées de pertinence, d'autant plus qu'il ne s'agit que de pures affirmations. En particulier, s'il est vrai qu'une entreprise en difficulté n'aura en principe pas suffisamment de travail pour exiger de ses collaborateurs des heures supplémentaires, on ne peut à l'évidence pas exclure que des heures en plus soient effectuées certains jours travaillés. Or, les heures de travail en plus doivent elles aussi être intégrées au temps de travail, en réduction des heures perdues pour des motifs d'ordre économique (cf. consid. 2). Ainsi donc, la recourante n'a pas été en mesure de présenter à l'autorité inférieure, lors de son contrôle, des pièces propres à établir qu'elle a procédé à un contrôle du temps de travail de ses employés au sens de l'art. 46b al. 1 OACI et de la jurisprudence précitée. C'est donc à juste titre que la restitution des indemnités perçues a été exigée par le SECO. Le recours est donc mal fondé sur ce point.

E. 5

La recourante soutient que l'audition des employés concernés par les indemnités litigieuses aurait permis de confirmer que les décomptes établis étaient exacts. En ce sens, elle fait grief à l'autorité inférieure d'avoir procédé à une constatation erronée des faits pertinents.

E. 5.1

Tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, le droit de consulter le dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 136 I 265 consid. 3.2, ATF 135 II 286 consid. 5.1, ATF 129 II 497 consid. 2.2 et les arrêts cités). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF

125 I 127 consid. 6c/cc in fine, ATF 124 I 208 consid. 4a et les arrêts cités).

E. 5.2

L'offre de preuves de la recourante consiste à entendre ses employés concernés par les indemnités litigieuses de manière à ce que ces derniers puissent confirmer que les décomptes qu'elle a établis sont exacts. Or, il ressort de ce qui précède que ces décomptes ne sont pas suffisants pour répondre aux exigences légales. Dans ces conditions, l'autorité inférieure pouvait, sans arbitraire et sans violer le droit d'être entendu de la recourante, renoncer à entendre les employés de cette dernière. Le recours est donc mal fondé sur ce point également. Au demeurant, en l'absence de documents propres à déterminer l'horaire de travail, ces derniers ne peuvent être remplacés ni par l'interrogation ultérieure des travailleurs concernés ni par d'autres personnes, dans la mesure où il est improbable que ces personnes puissent donner, de mémoire, une information détaillée sur les horaires de travail en question (arrêt du Tribunal fédéral C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3). Dans un arrêt du 12 mai 2000, le Tribunal fédéral avait du reste indiqué que, même si l'on pouvait déduire de témoignages qu'une réduction de l'horaire de travail avait bien eu lieu, que des plans de réduction de l'horaire de travail avaient été établis avant les périodes chômées et communiqués aux employés qui devaient les respecter, il convenait toutefois de retenir que, malgré ces mesures, la perte de travail n'était pas suffisamment contrôlable ; il n'était ainsi pas possible de connaître la perte de travail journalière ou hebdomadaire pour chaque employé, compte tenu également de la compensation d'heures supplémentaires pendant chaque période de décompte (C 367/99 consid. 2c).

E. 6

Invoquant sa bonne foi, la recourante soutient que la Caisse de chômage avait l'obligation de lui signaler que le système qu'elle avait mis en place était non conforme, d'autant plus qu'il s'agit d'une condition d'octroi des indemnités. Dite caisse n'ayant émis aucune objection en l'espace de deux ans quant à ce moyen de contrôle, la recourante prétend qu'elle pouvait légitimement penser qu'elle était dans son bon droit, que le système qu'elle avait mis en place respectait les exigences légales. En réclamant la restitution des prestations versées, le SECO violerait la confiance légitime que la recourante aurait placée dans la tolérance de la Caisse de chômage.

E. 6.1

Le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7381/2008 du 3 juillet 2009 consid. 4.3 ss). A teneur de l'art. 27 al. 1 LPGA, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus, dans les limites de leur domaine de compétence, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations. En vertu d'un principe général, valable également dans le droit des assurances sociales, nul ne peut tirer avantage de sa propre méconnaissance du droit (arrêts du Tribunal fédéral C 273/2005 du 13 juillet 2005 consid. 5 et C 5/04 du 27 mai 2004 consid. 5.1) et il appartient à chaque employeur qui souhaite demander l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail de s'informer sur les prescriptions légales et de se renseigner en cas de doute auprès des autorités compétentes (décision de la REKO-DFE du 1er juin 2005, publiée in : DTA 2005 283

consid. 5).

E. 6.2

En matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ont considéré que la brochure de l'autorité inférieure "Info-Service, Information aux employeurs, Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" satisfaisait à l'obligation de renseigner prévue à l'art. 27 al. 1 LPGA (arrêt du Tribunal fédéral 8C.375/2007 du 28 septembre 2007 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 4.2). Cette brochure tient compte des dispositions de la LACI et de l'OACI et donne un aperçu des droits et des obligations des employeurs ainsi que des démarches à entreprendre en cas d'introduction d'une réduction de l'horaire de travail. Il y est notamment précisé que n'ont pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la perte de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable. Pour ce faire, il est indispensable que l'employeur instaure un système de contrôle des temps de présence, par exemple au moyen de cartes de timbrages ou de rapports des heures. L'employeur doit conserver les documents pendant cinq ans et, sur demande, les présenter à l'organe de compensation. La durée de travail est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du travail, une fois additionnées les heures de travail en plus (voir brochure, éd. 2009, p. 2, 5, 8 et 9). La recourante ne prétend pas qu'elle n'a pas eu connaissance de cette brochure, laquelle est d'ailleurs consultable sur le site internet de la Caisse de chômage (www.ccnac.ch/RHT/RHT.htm). Elle ne pouvait donc pas ignorer qu'elle avait l'obligation d'instaurer un système de contrôle du temps de travail propre à établir la perte de travail à l'heure près. A cela s'ajoute que le formulaire "Préavis de réduction de l'horaire de travail", complété, signé et renvoyé par l'employeur à l'autorité cantonale, renvoie expressément à ces brochures. Dans le doute, le devoir de diligence de la recourante lui imposait de se renseigner auprès des autorités compétentes pour savoir si le système qu'elle avait mis en place était suffisant. De surcroît, la recourante ne saurait rien déduire en sa faveur du fait que la Caisse de chômage lui a alloué les indemnités sans lui indiquer en cours de versement que les décomptes produits n'étaient pas suffisants au regard des conditions légales du droit à l'indemnité. En effet, la caisse n'a pas à vérifier de manière approfondie, au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation, si toutes les conditions du droit à l'indemnité sont remplies. Elle ne dispose alors pas forcément de toutes les informations nécessaires sur la méthode de contrôle instaurée par l'employeur, puisque celui-ci ne doit pas remettre les documents y relatifs au moment du préavis de réduction de l'horaire de travail, mais les conserver en vue d'éventuels contrôles subséquents. C'est à l'employeur qu'il incombe de communiquer avec l'administration, à sa demande, tous les documents et informations nécessaires à un examen approfondi du droit à l'indemnité lorsque des doutes apparaissent et qu'un tel examen se révèle nécessaire. En ce sens, c'est lui qui supporte le fardeau de la preuve (ATF 124 V 384 consid. 2c ; voir également arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 5). Enfin, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était tout à fait admissible que l'autorité inférieure n'effectue que des contrôles ponctuels ou par sondages, que ce soit en cours d'indemnisation ou seulement après coup (arrêt du Tribunal fédéral C 208/02 du 27 octobre 2003 consid. 4.2). Le recours est donc également mal fondé sur ce point.

E. 7

Il ressort de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 7.1

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (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). En l'espèce, les frais de procédure, arrêtés à Fr. 3'500.-, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 3'500.- déjà versée par cette dernière.

E. 7.2

Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'est pas alloué de dépens.

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