

BVGer B-4070/2021 vom 17. Oktober 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-10-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4070_2021

FR: TAF B-4070/2021 du 17 octobre 2023

IT: TAF B-4070/2021 del 17 ottobre 2023

Regeste

Assurance-chômage

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal 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 dispositions relatives aux feries judiciaires, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 22a al. 1 let. b, 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

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue découlant de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) par l'autorité inférieure à plusieurs égards.

E. 2.1.1

La recourante reproche à l'autorité inférieure de n'avoir pas assez motivé sa décision sur opposition du 9 août 2021, invoquant en particulier le manque de clarté et de constance de celle-ci quant au calcul des heures de travail, se basant parfois sur les relevés du tachygraphe et parfois non, sans expliquer toutefois la nature de son choix.

E. 2.1.2

S'agissant de l'exigence de motivation, la jurisprudence déduit du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse apprécier la portée du prononcé et le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. Ce devoir de motivation tend aussi à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence et contribue à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas. Néanmoins, il suffit, en règle générale, que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (ATF 143 III 65 consid. 5.2, 134 I 83 consid. 4.1, 133 I 270 consid. 3.1, 126 I 97 consid. 2b et 112 Ia 107 consid. 2b ; arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 6.2).

E. 2.1.3

En l'espèce, le Tribunal constate que, dans sa décision sur opposition du 9 août 2021, l'autorité inférieure retient en particulier que la recourante n'a pas mis en place un système de contrôle du temps de travail fiable, raison pour laquelle le versement d'indemnités doit lui être refusé. Elle explique également pour quelles raisons, à l'appui des bases légales topiques, elle n'admet pas l'indemnisation du travailleur ayant donné son congé et des jours fériés ainsi que la prise en compte d'un horaire hebdomadaire de 46 heures. Force est d'admettre que l'autorité inférieure développe les points nécessaires à la compréhension de la décision attaquée, de sorte que la recourante puisse déterminer les motifs menant à son prononcé et valablement la contester. La recourante s'est par ailleurs largement déterminée sur celle-ci dans le cadre de son recours de plus de 45 pages du 13 septembre 2021, preuve en est qu'elle a compris la décision attaquée et que l'exigence de motivation de celle-ci est respectée. Ainsi, aucune violation du droit d'être entendu ne peut être reprochée à l'autorité inférieure sous l'angle du manque de motivation.

E. 2.2.1

La recourante reproche ensuite à l'autorité inférieure de ne pas avoir été entendue lors de l'inspection, qui aurait par ailleurs seulement duré une journée au lieu de trois initialement prévues. Elle prétend n'avoir pas pu se prononcer sur les conditions contractuelles lors de cette inspection.

E. 2.2.2

Selon l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend en particulier le droit de la partie concernée d'exprimer son point de vue avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves de faits susceptibles d'affecter l'issue de l'affaire, de participer à l'administration de ces preuves, d'en prendre connaissance et de prendre une décision à leur sujet (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 4.1 et 7.1, B-506/2010 du 19 décembre 2013 consid. 4.1 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1).

E. 2.2.3

En l'espèce, trois inspecteurs de l'autorité inférieure se sont rendus dans les locaux de la recourante le 22 septembre 2020 lors d'une inspection. A l'occasion de celle-ci, la recourante a eu l'opportunité de se prononcer sur l'affaire et ainsi d'être entendue. Le rapport établi à la suite de l'inspection fait clairement état de questions de l'autorité inférieure et des réponses de la recourante. Dans ce sens, peu importe que l'inspection ait duré moins longtemps qu'annoncé. Par ailleurs, la recourante a eu l'occasion de se déterminer sur l'affaire durant la procédure d'opposition devant l'autorité inférieure. Ainsi, une violation du droit d'être entendue sous l'angle du droit de prendre position sur l'affaire ne peut non plus pas être retenue ici.

E. 2.3

Ce qui précède permet d'écarter ces premiers griefs formels et de passer à l'examen des questions de fond.

E. 3

Les arguments matériels des parties peuvent se résumer ainsi.

E. 3.1

L'autorité inférieure estime dans sa décision sur opposition du 9 août 2021 ainsi que dans sa réponse du 28 décembre 2021 que les tachygraphes utilisés par la recourante n'offrent pas la précision nécessaire à la mesure des heures effectives travaillées. Selon elle, ces instruments permettraient seulement de constater le temps d'occupation d'un chauffeur durant la journée, sans pour autant tenir compte des pauses non travaillées. A l'appui de ses arguments, elle cite la jurisprudence selon laquelle le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité. Selon l'autorité inférieure, il est impossible de mesurer le temps effectif de travail au moyen de tachygraphes et ces instruments ne satisfont pas aux conditions exigées par la jurisprudence relative au calcul des indemnités RHT. Par conséquent, il serait légitime de demander la restitution des indemnités RHT indûment perçues par la recourante, faute d'un système de contrôle quotidien du temps de travail permettant un relevé précis et exhaustif de celui-ci. Par ailleurs, l'autorité inférieure refuse l'indemnisation du travailleur A._____ ayant donné son congé. Elle retient 46 heures comme horaire hebdomadaire de travail, sur la base duquel les indemnités RHT sont calculées. Enfin, elle reproche à la recourante en lien avec l'indemnisation de jours fériés de n'avoir pas démontré s'ils ont effectivement été travaillés, raison pour laquelle aucune indemnité ne peut lui être allouée pour ceux-ci.

E. 3.2

La recourante reproche en substance à l'autorité inférieure de ne pas tenir compte des règles spécifiques applicables au secteur routier pour calculer les heures de travail. Elle invoque notamment l'utilisation du tachygraphe, usuelle dans la branche. En particulier, la recourante affirme que le tachygraphe est un outil de mesure fiable, permettant un relevé précis des heures de travail effectives. L'outil permettrait, selon la recourante, l'enregistrement systématique des heures pour chaque chauffeur, notamment des heures de conduite, de pause ainsi que du temps de travail hors conduite. Elle fait grief également à l'autorité inférieure de la violation des règles de l'ordonnance du 19 juin 1995 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1, RS 822.221), en particulier d'avoir tenu compte d'un horaire de 46 heures hebdomadaire pour calculer les indemnités plutôt que de 48 heures, voire 60 heures, tel qu'indiqué dans l'OTR 1. Elle n'aurait également pas tenu compte des spécificités du secteur en lien avec le travail durant les jours fériés. Elle reproche par ailleurs à l'autorité inférieure son manque de régularité dans le calcul des heures de travail, se référant parfois aux horaires relevés par le tachygraphe et parfois non. Selon la recourante, l'autorité inférieure ne prendrait pas en compte les heures véritablement travaillées dans ses calculs. A l'appui de ses arguments, elle présente la situation individuelle de ses chauffeurs B._____ et C._____ ainsi que le cas des trajets vers l'Ecole internationale de Lausanne qui démontreraient des contradictions dans les calculs de l'autorité inférieure. S'agissant du chauffeur B._____, elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir reconnu le résultat tel qu'indiqué par le tachygraphe et décrit une journée type. Pour ce qui est du chauffeur C._____, elle conteste que le temps de travail retenu en ce qui le concerne soit différent de celui retenu pour le chauffeur B._____, alors que tous deux feraient des trajets similaires. En lien avec les trajets de l'Ecole internationale de Lausanne, la recourante prétend que la rentabilité de telles courses dépend de la possibilité d'en effectuer d'autres, qui auraient été selon elle annulées en raison de la pandémie. S'agissant enfin de l'employé ayant résilié son contrat de travail, la recourante justifie son intégration dans les demandes RHT par le fait qu'aucune autorité fédérale n'a pu la renseigner à ce sujet, dans un contexte de pandémie et de chaos associé à celle-ci.

E. 4

L'utilisation de tachygraphes comme moyens de calcul précis des heures effectives de travail est la principale question qui divise les parties. Il convient donc de se pencher sur la valeur probante de ces appareils au regard de la LACI.

E. 4.1.1

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. 4.1.2

Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps de travail est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI, RS 837.02]). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du travail, une fois additionnées les heures de travail en plus.

E. 4.1.3

Les prestations indûment touchées doivent être restituées (art. 95 al. 1 LACI en lien avec l'art. 25 al. 1 LPGA). La caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort (art. 95 al. 2 LACI). L'organe de compensation, qui est administré par l'autorité inférieure (art. 83 al. 3 LACI), prend des mesures pour empêcher le versement de prestations injustifiées et engage à cet effet des inspecteurs extraordinaires en cas de chômage important et persistant (art. 83 al. 1 let. h LACI ; art. 110 OACI). 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 compensation de l'assurance-chômage 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. 4.2.1

Selon l'art. 31 al. 3 let. a LACI, 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 n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. L'art. 46b OACI (« Perte de travail contrôlable [art. 31, al. 3, let. a, LACI] ») précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1) ; il prévoit en outre que l'employeur conserve les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2).

E. 4.2.2

Selon la jurisprudence, 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 (arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.1, B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1 et B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1).

Lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît donc comme erroné et justifie une restitution ; le fardeau de la preuve incombe à l'employeur (arrêts du Tribunal fédéral 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3 in fine, 8C_334/2013 du 15 novembre 2013 consid. 2 in fine, 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5, C 66/04 du 18 août 2004 consid. 3.2 et C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; arrêts du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.1, B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, B-2909/2012 du 3 septembre 2013 consid. 6.4, B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 4.1, B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 3 et B-7901/2007 du 10 novembre 2008 consid. 4.3.3 ; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2e éd. 2006, p. 490 et les références citées). L'entreprise doit ainsi 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 (arrêts du Tribunal fédéral 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3, C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 et C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b ; arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.1, B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.2, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1 et B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4).

E. 4.2.3

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 (par exemple des rapports hebdomadaires ou des renseignements donnés par les employés concernés ; arrêt du Tribunal fédéral C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.3, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1, B-2909/2012 du 3 septembre 2013 consid. 6.1 in limine et 6.1 in fine, B-3083/2012 du 20 août 2013 consid. 3.2 et B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.1 et les références citées). 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. 2.2 ; arrêt du TAF B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours DFE du 1er juin 2005, in : Revue du droit du travail et assurance-chômage [DTA] 2005 p. 283

consid. 4.3 ; Thomas Nussbaumer, in : Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd. 2007, p. 2315 ; Rubin, op. cit., p. 486). Les heures travaillées ne doivent ainsi pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (arrêt du Tribunal fédéral C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêts du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.2, TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 5.1, TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, TAF B-1829/2016 du 10 octobre 2017 consid. 5.1.1 et 5.1.2, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1, B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 3 et B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1).

E. 4.2.4

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 (Murer/Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4e éd. 2013, p. 205). Le fait de contrôler les présences et les absences n'est pas non plus suffisant (arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.3, TAF B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 4.1 et les références citées), ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise (arrêt du TF 8C_652/2012 du 6 décembre 2012 consid. 4 ; arrêts du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.3, TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, TAF B-1829/2016 du 10 octobre 2017 consid. 5.1.1 et 5.1.2, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1, B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.3-4.3.3 et les références citées et B-7902/2007 du 24 juin 2008 consid. 6.2.2).

E. 4.2.5

Les heures travaillées doivent ainsi être relevées - que ce soit sur papier, mécaniquement ou électroniquement - au moins quotidiennement par l'employé lui-même ou par son supérieur, ces relevés ne devant pas pouvoir être modifiables ultérieurement sans que la modification ne soit mentionnée dans le système (ATAF 2021 V/2 consid. 3.5.1 et 4.9 ; arrêts du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.4, B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1 in fine, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1, B-3996/2013 du 27 mai 2014 consid. 6.1.1 in fine, B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.1, B-2909/2012 du 3 septembre 2013 consid. 6.1 in fine et B-3083/2012 du 20 août 2013 consid. 3.2 et les références citées).

E. 4.2.6

Afin de tenir compte des difficultés causées par la pandémie de COVID-19, l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RS 837.033) avait assoupli certaines exigences en matière d'indemnités en cas de RHT. Le système n'en était pas pour autant fondamentalement modifié. Etait ainsi maintenue l'obligation de procéder à un contrôle du temps de travail, prévue notamment par l'art. 46b OACI (ATAF 2021 V/2 consid. 4.4.2, 4.6 et 4.10 ; arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.3.1).

E. 4.3

S'agissant du tachygraphe, l'OTR 1 le définit comme tel :

E. 4.3.1

Les indications enregistrées par le tachygraphe analogique et les inscriptions figurant sur les disques d'enregistrement du tachygraphe permettent le contrôle de la durée de la conduite, du travail, des pauses et du repos (art. 13 al. 1 let. a OTR 1). Pendant son activité professionnelle, le conducteur doit maintenir le tachygraphe continuellement en fonction aussi longtemps qu'il se trouve dans le véhicule ou à proximité, et s'en servir de telle manière que la durée de la conduite, des autres travaux, de la disponibilité et des pauses soit clairement indiquée. Lorsque l'équipage est multiple, les conducteurs doivent utiliser le tachygraphe de façon que l'appareil enregistre ces indications de manière distincte, pour chaque conducteur (art. 14 al. 1 OTR 1). L'employeur et le conducteur veillent au fonctionnement irréprochable et à l'utilisation et à la manipulation réglementaire du tachygraphe (art. 14 al. 2 OTR 1). En cas d'utilisation du tachygraphe analogique, le conducteur porte les inscriptions suivantes sur le disque d'enregistrement (art. 14a al. 1 OTR 1) : avant d'introduire le disque d'enregistrement : son nom et son prénom ainsi que le numéro de la plaque d'immatriculation du véhicule utilisé (let. a ch. 1) ; le kilométrage avant le début de la course (ch. 2) ; avant d'introduire et après avoir retiré le disque d'enregistrement : la date et le lieu (let. b) ; après avoir retiré le disque, au terme de la dernière course de la journée : le nouveau kilométrage et le total des kilomètres parcourus (let. c) ; en cas de changement de véhicule pendant la journée : le relevé du compteur kilométrique auquel il a été affecté et de celui auquel il va être affecté (let. d) ; le cas échéant, l'heure du changement de véhicule (let. e) ; au début du prochain arrêt possible après le franchissement de la frontière nationale : le pays dans lequel il est entré (let. f). Lorsque, par suite de son éloignement du véhicule, le conducteur ne peut utiliser le tachygraphe, il porte au fur et à mesure les indications relatives à la durée du travail, de la disponibilité et du repos, de façon lisible sur le disque, manuellement ou par un autre moyen approprié. Les inscriptions manuelles ne doivent pas compromettre les enregistrements de l'appareil (art. 14a al. 2 OTR 1). En cas de panne ou de fonctionnement défectueux du tachygraphe, et dans la mesure où les indications concernant la durée du travail, de la conduite, de la disponibilité et du repos ne sont plus enregistrées de manière irréprochable, le conducteur les porte sur le disque d'enregistrement ou sur une feuille ad hoc à joindre au disque d'enregistrement (art. 14a al. 3 OTR 1). A l'aide des moyens de contrôle disponibles, l'employeur s'assurera constamment que les dispositions sur la durée du travail, de la conduite et du repos ont été observées. A cet effet, il inscrira, pour chaque salarié les indications ci-après dans un registre (art. 16 al. 1 OTR 1) : la durée journalière de la conduite (let. a) ; le temps de travail hebdomadaire (let. b) ; le temps de disponibilité (let. c) ; les temps de repos journaliers accomplis et, s'ils sont subdivisés, la durée des temps de repos partiels (let. d) ; les temps de repos hebdomadaires accomplis et, en cas de réduction, la durée des temps de repos ainsi réduits (let. e) ; le temps de travail éventuellement consacré à d'autres employeurs (let. f). Pour les conducteurs dont la durée journalière de la conduite est manifestement inférieure à 7 heures, d'après un contrôle sommaire des disques du tachygraphe, il n'est pas nécessaire d'inscrire la durée de la conduite dans un registre (art. 16 al. 3 OTR 1).

E. 4.4

Au sens de l'OTR 1, on entend par temps de travail les périodes durant lesquelles le salarié se trouve à son poste de travail, se tient à la disposition de l'employeur et exerce sa fonction ou ses activités ; les pauses de moins de quinze minutes sont également comprises dans le

temps de travail (art. 2 let. f OTR 1). Par temps de disponibilité, on entend les périodes durant lesquelles le salarié n'est pas tenu de rester à son poste de travail mais doit être disponible pour répondre à des appels éventuels lui demandant d'entreprendre ou de reprendre la conduite ou de faire d'autres travaux (art. 2 let. g OTR 1). Enfin, par temps de repos, on entend la période durant laquelle le conducteur peut disposer librement de son temps (art. 2 let. i OTR 1).

E. 4.5.1

Le Tribunal constate que le temps de travail tel que défini à l'art. 2 let. f OTR 1 comprend les périodes durant lesquelles le salarié se trouve à son poste de travail, se tient à la disposition de l'employeur et exerce sa fonction ou ses activités ; les pauses de moins de quinze minutes sont également comprises dans le temps de travail. L'OTR 1 poursuit par ailleurs le but de sécurité du trafic routier ainsi que de protection des employés. La LACI définit elle aussi le temps de travail à son art. 46 al. 1 OACI, selon une définition contractuelle, comme indiqué ci-dessus (consid. 4.1.2). Comme condition au versement d'indemnités RHT pour perte de travail, celle-ci doit être suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI). La notion de contrôlabilité du temps de travail a été précisée à l'art. 46b OACI ainsi que par la jurisprudence stricte précitée. La LACI a pour objectif d'offrir une protection suffisante contre la perte d'emploi ainsi que de prévenir le chômage en octroyant certaines prestations (message du 2 juillet 1980 concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, FF 1980 III 485, 486). Il s'ensuit que la notion de temps de travail telle que décrite par l'OTR 1 diffère de celle de la LACI et que ces deux textes légaux poursuivent des buts différents.

E. 4.5.2

Le tachygraphe analogique est un moyen de contrôle d'après l'OTR 1. Il permet de mesurer la durée de la conduite, du travail, des pauses et du repos (art. 13 let. a OTR 1). Il n'est pas contestable que cet instrument permet la mesure d'un certain nombre d'heures travaillées. Toutefois, en lien avec la notion de temps de travail effectif exigée par la LACI et précisée par la jurisprudence stricte précitée, plusieurs problèmes se posent avec le tachygraphe. Comme l'a relevé à juste titre l'autorité inférieure dans sa décision sur opposition du 9 août 2021 ainsi que dans sa réponse du 28 décembre 2021, le tachygraphe permet de constater le temps d'occupation d'un chauffeur sur une journée, sans pour autant donner des explications sur le temps de travail effectif à prendre en considération. Il n'est pas possible de quantifier avec l'exactitude exigée par la jurisprudence précitée les heures réellement travaillées au sens de la LACI, y compris les heures supplémentaires, le temps passé à l'entrepôt, le temps pour les nettoyages, les pauses payées ou non, le temps où le collaborateur doit se tenir à disposition de son employeur, les heures chômées etc. En effet, il est possible que l'autocariste travaille une fois le car arrêté, par exemple afin d'effectuer des tâches logistiques ou administratives, voire d'autres tâches sans rapport avec le transport de personnes, sans qu'une telle activité soit enregistrée par le tachygraphe. L'art. 14 al. 1 OTR 1 précité mentionne par ailleurs expressément que pendant son activité professionnelle, le conducteur doit maintenir le tachygraphe continuellement en fonction aussi longtemps qu'il se trouve dans le véhicule ou à proximité, et s'en servir de telle manière que la durée de la conduite, des autres travaux, de la disponibilité et des pauses soit clairement indiquée. L'art. 14a al. 2 OTR 1 dispose certes qu'il est possible que le chauffeur s'éloigne du véhicule, auquel cas il devra inscrire manuellement ou par un autre moyen approprié les indications relatives à la durée du travail, de la disponibilité et du repos. Cela démontre bien que le

chauffeur n'est pas censé utiliser le tachygraphe dès qu'il s'en éloigne et qu'il est possible que le chauffeur se consacre ainsi à d'autres activités, telles qu'énumérées par l'autorité inférieure sans assurance que le tachygraphe rapporte correctement ces heures travaillées. Le Tribunal rappelle ici enfin que le but du tachygraphe est de s'assurer que les dispositions en matière de sécurité routière soient respectées, et non de mesurer de manière exhaustive le temps de travail effectif. Or, il peut exister un nombre supérieur d'heures travaillées que celles rapportées par le tachygraphe. Il permet certes à cet effet de quantifier un certain nombre d'heures et de pauses, mais il ne permet pas un relevé précis des heures de travail effectives, tel qu'exigé par la jurisprudence en lien avec la LACI. C'est la raison pour laquelle est exigé un système contrôlable comme défini plus haut. Ainsi, le tachygraphe est un instrument permettant tout au plus de rendre plausible certaines heures travaillées. En conclusion, le tachygraphe permet certes de mesurer un certain temps de travail tel que défini par l'OTR 1 mais il ne permet pas de quantifier avec l'exactitude exigée par la LACI et la jurisprudence précitées le temps de travail effectif. Il apparaît ainsi que le tachygraphe ne satisfait pas aux exigences d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise, au sens de l'art. 46b al. 1 OACI (arrêt du TF C 260/00 du 22 août 2021 consid. 2b ; arrêts du TAF B-2454/2011 du 3 juillet 2012 consid. 5.3 et B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 5). Faute de cette précision exigée par la jurisprudence, l'autorité n'a en l'espèce, à raison, pas pris en considération ces heures.

E. 4.5.3

En revanche, l'autorité inférieure était fondée à ne pas totalement exclure les heures rendues plausibles par l'utilisation du tachygraphe. Son approche se révèle ici à la fois pragmatique et schématique. Elle admet que certaines heures ont bien été travaillées, mais elle renonce, faute de moyen plus précis, à établir un calcul exact. Cette approche rend son résultat plausible et soutenable. Elle peut laisser subsister certaines contradictions, que la recourante n'a pas manqué de relever par ses calculs pour certains chauffeurs. Cela résulte cependant de l'approche de l'autorité inférieure. Par ailleurs, cette approche se révèle en fait favorable à la recourante. Sans elle, l'indemnité aurait pu être niée pour toute la période et la recourante aurait été amenée à rembourser une somme plus importante encore.

E. 4.6

Certaines contradictions apparaissent par ailleurs elles aussi dans les propres calculs de la recourante.

E. 4.6.1

Ainsi, elle prétend au versement des indemnités RHT pour une durée qu'elle-même considère comme ne faisant pas partie du temps de travail effectif. La recourante avance que la rentabilité des trajets vers l'Ecole internationale de Lausanne dépend d'autres courses que les chauffeurs pourraient effectuer. Or, un tel argument ne saurait être retenu, puisque la recourante indique elle-même que le chauffeur est libre de disposer de son temps entre ces deux trajets et une telle période ne saurait ainsi être reconnue comme temps de travail.

E. 4.6.2

Il en est de même avec le chauffeur B._____. La recourante décrit une journée typique de celui-ci. Elle explique en substance que ce chauffeur effectue des trajets entre 7 heures 15 et 8 heures 15 et entre 15 heures 45 et 17 heures 15 environ. Elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir tenu compte du temps entre les deux périodes d'activité et de s'en être tenue au début et à la fin de la journée pour retenir une dizaine d'heures de travail. Or,

ce faisant, la recourante se méprend sur le but des RHT. Ce qu'elle décrit est la journée normale de travail de son employé. Il apparaît d'ailleurs assez banal qu'un autocariste ait des périodes creuses dans sa journée. Il ne s'agit en aucun cas d'une réduction due à des facteurs d'ordre économique et inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI) que les RHT devraient compenser. Par surabondance, l'argument de la recourante peut apparaître comme contradictoire. D'une manière générale, elle soutient que le tachygraphe est probant (consid. 4.3.2), alors que, dans ce cas précis, elle prétend que le résultat du tachygraphe ne rend pas correctement compte des heures travaillées.

E. 4.6.3

Quant à la différence de traitement faite par l'autorité inférieure entre les chauffeurs B._____ et C._____, où le tachygraphe a été retenu pour l'un et pas pour l'autre, elle résulte du simple fait que le tachygraphe du second était illisible, ce que la recourante admet. Par la force des choses, l'autorité inférieure a là aussi retenu un nombre d'heures plausible.

E. 4.7

Enfin, la recourante n'apporte aucun élément concret permettant de remettre en cause le calcul de l'autorité inférieure. Encore une fois, l'utilisation de tachygraphes comme moyens de calcul précis des heures effectives de travail ne répond pas aux conditions strictes posées par la jurisprudence. L'on ne saurait donc les retenir comme tels. Par ailleurs, de son propre aveu, la recourante ne dispose d'aucun autre moyen de contrôle du temps de travail dans son entreprise (rapport du 22 septembre 2020). Elle échoue donc à démontrer que l'approche pragmatique et schématique de l'autorité inférieure lui est défavorable. Par conséquent, le Tribunal s'en tient au résultat plausible de l'autorité inférieure.

E. 5

Il reste à examiner les autres arguments mobilisés par la recourante pour s'en prendre à la décision attaquée.

E. 5.1

S'agissant de l'horaire hebdomadaire de travail qui divise les parties, il convient de retenir ce qui suit :

E. 5.1.1

La recourante reproche à l'autorité inférieure la méconnaissance des règles de l'OTR 1 et prétend qu'elle aurait dû calculer les indemnités RHT sur une base contractuelle de 48 heures par semaine, voire même de 60 heures en application de l'art. 6 al. 1 OTR 1. D'autre part, elle prétend que la Convention pour la branche des transports routiers du Canton de Vaud du 1er janvier 2007 (ci-après : la Convention) n'est pas applicable.

E. 5.1.2

Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps de travail est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 OACI). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du 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. En lien avec le secteur routier, l'art. 6 al. 1 OTR 1 prévoit que la durée hebdomadaire de travail ne doit pas excéder 48 heures en moyenne sur une période de 26 semaines. Il peut atteindre 60 heures au maximum. D'autre part, la Convention, applicable aux membres de l'Association suisse des routiers (ci-après : l'ASTAG) d'après son art. 1 al. 1, prévoit à l'art. 9 al. 1 une durée normale de travail de 46 heures par semaine. Le travail dépassant cette durée est réputé supplémentaire.

E. 5.1.3

En l'espèce, la recourante est membre de l'ASTAG. C'est ainsi à raison que l'autorité inférieure applique la Convention et qu'elle a retenu un horaire hebdomadaire de 46 heures par semaine conformément à son art. 9 al. 1. Or, comme le constate à juste titre l'autorité inférieure, la durée de travail "ne doit pas excéder" 48 heures et "peut" atteindre 60 heures d'après l'art. 6 al. 1 OTR 1. Il n'a toutefois en rien été démontré par la recourante que les contrats de travail des chauffeurs prévoyaient un tel horaire. Ainsi, faute d'élément supplémentaire apporté par la recourante, le recours doit là aussi être rejeté en ce point.

E. 5.2

L'indemnisation des jours fériés est également litigieuse. La recourante reproche à l'autorité inférieure de ne pas tenir compte des spécificités du secteur en lien avec le travail durant les jours fériés.

E. 5.2.1

La perte de travail ne peut être prise en considération lorsqu'elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise (art. 33 al. 1 let c. LACI). Une telle perte peut toutefois être prise en considération lorsqu'effectivement en raison de la nature du poste de travail, l'assuré est amené à travailler durant un jour férié.

E. 5.2.2

En l'espèce, la recourante se borne à indiquer qu'il est conforme à la pratique de sa profession que les chauffeurs peuvent travailler durant les jours fériés. Elle n'apporte toutefois pas la preuve, comme le relève l'autorité inférieure, des jours fériés effectivement travaillés. Pour cette raison, elle a tenu compte, à juste titre, des jours fériés usuels dans le calcul des indemnités RHT.

E. 5.3

La recourante reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir indemnisé le travailleur A. _____ qui a donné son congé avant sa demande d'indemnités RHT. Elle prétend que le contexte de chaos lié à la pandémie aurait une incidence sur le droit à l'indemnité de ce travailleur.

E. 5.3.1

L'art. 31 al. 1 let. c 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 (ci-après l'indemnité) lorsque le congé n'a pas été donné. Conformément au Bulletin LACI RHT B27, les travailleurs dont le rapport de travail a été résilié n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

E. 5.3.2

En l'espèce, le travailleur en question a valablement déposé son congé avant le début du droit au versement des indemnités RHT, ce que la recourante ne conteste par ailleurs pas. Comme le rappelle également à bon escient l'autorité inférieure dans sa réponse, le but de l'indemnité RHT est avant tout d'éviter les licenciements, et non d'apporter un soutien financier aux entreprises. Que la recourante évoque des motifs liés à la pandémie pour justifier de l'intégration du travailleur en question dans les demandes RHT n'y change rien (consid. 4.2.6). Ainsi, c'est à raison que l'autorité inférieure a refusé l'indemnisation du travailleur ayant déposé son congé.

E. 5.4

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours est également infondé sur ces différents points.

E. 6

La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure de n'avoir pas entendu l'employée D._____ pouvant les renseigner lors de l'inspection du 22 septembre 2020. Elle a également attendu de l'autorité inférieure d'auditionner un membre de l'ASTAG ou des Routiers Suisses afin de se prononcer sur les règles de l'OTR 1 et le calcul des indemnités. L'autorité inférieure n'a pas donné suite à ces demandes.

E. 6.1.1

Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Par ailleurs, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 135 I 279 consid. 2.3, 135 II 286 consid. 5.1 et 127 III 576 consid. 2c ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 6.1, B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 4.1 et 7.1, B-506/2010 du 19 décembre 2013 consid. 4.1 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1). 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 140 I 285 consid. 6.3.1, 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, 124 I 208 consid. 4a et les références citées ; arrêts du TAF B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 in fine et B-5566/2012 du 18 novembre 2013 consid. 7.1).

E. 6.1.2

Selon une jurisprudence bien établie, l'absence de documents propres à déterminer l'horaire de travail ne saurait être compensée par des renseignements donnés ultérieurement par les travailleurs concernés ou 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 (arrêts du Tribunal fédéral 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 4.2.2, C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; arrêts du TAF B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 7.2.2, B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 in fine, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.4, B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 5.2, B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 6.1 et B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3).

E. 6.1.3

L'audition de témoins est un moyen inadapté pour contrôler le temps de travail d'une entreprise. L'organe administratif peut se limiter, pour clarifier la situation, aux éléments déterminants présentés par l'entreprise pour déterminer le temps de travail (arrêt du TAF B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 5.1 et décision du TAF B-4442/2014 du 6 septembre 2016 consid. 6.2).

E. 6.2

En l'espèce, la recourante ne possédait pas de moyen de mesure du temps de travail effectif, raison pour laquelle le Tribunal ne voit pas en quoi l'audition des différents témoins proposés par la recourante aurait pu avoir une incidence quelconque sur l'issue de la procédure devant l'autorité inférieure. Compte tenu de la jurisprudence précitée et par appréciation anticipée des preuves, l'autorité inférieure était en droit de refuser d'auditionner des témoins supplémentaires.

E. 7

La recourante requiert devant le Tribunal sa propre audition et celle d'un membre de l'ASTAG ou des Routiers Suisses. Comme rappelé par la jurisprudence précitée (consid. 4.2.3), l'exigence relative au contrôle du temps de travail n'est satisfaite que par un relevé quotidien et suivi des heures, qui ne peut être remplacé par des renseignements donnés par les employés concernés après coup (consid. 6.1.2-6.1.3). De telles auditions ne sont ainsi pas aptes à changer la conviction du Tribunal, puisqu'elles interviennent bien après le relevé théorique des heures des périodes de mars à août 2020. Par conséquent, le Tribunal rejette ces requêtes de preuve et renonce à conduire d'autres mesures d'instruction, dès lors qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion. Vu l'impossibilité de reconstituer les heures de travail, un renvoi à l'autorité inférieure serait d'ailleurs lui aussi sans pertinence.

E. 8

Le dossier de la cause étant complet et les parties ayant largement eu l'occasion d'exposer leurs positions respectives, le Tribunal n'a pas ordonné le deuxième échange d'écritures demandé par la recourante, laquelle n'a pas usé non plus de son droit de réplique inconditionnel (ATF 138 I 154 consid. 2.3).

E. 9

Il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré comme insuffisamment contrôlables les pertes de travail invoquées et que, en conséquence, elle a exigé de la recourante la restitution des indemnités indûment perçues durant la période du 13 mars 2020 au 31 août 2020. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

E. 10.1

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge de la recourante 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 qui doivent être fixés à 3'200 francs, sont mis à la charge de la recourante qui succombe. Ce montant sera compensé avec l'avance de frais du même montant versée par la recourante durant la phase d'instruction.

E. 10.2

Vu qu'elle succombe, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Quant à l'autorité inférieure, elle n'a droit aux dépens en aucun cas (art. 7 al. 3 FITAF). (Le dispositif se trouve à la page suivante.)

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