



Cour II
B-1737/2014

Arrêt du 16 décembre 2014

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Stephan Breitenmoser, Ronald Flury, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ Srl,
représentée par Me Amandine Torrent, avocate,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

G._____ Sàrl a perçu, pour la période du 21 mai au 31 octobre 2012, des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) de la Caisse cantonale F._____ de chômage (ci-après : la caisse cantonale). Le 26 novembre 2013, un inspecteur du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO ou l'autorité inférieure) a procédé au contrôle du bien-fondé de ces indemnités.

B.

Par décision du 19 décembre 2013, le SECO a requis G._____ Sàrl de restituer à la caisse cantonale des prestations perçues indûment pour un montant de 58'860.55 francs. En substance, il a constaté des erreurs dans la comptabilisation des heures de travail. De même, il a considéré que, en raison du défaut d'un système de contrôle de l'horaire de travail, il n'était pas possible de vérifier la véracité et l'ampleur des heures perdues dues à des facteurs d'ordre économique qui étaient indiquées sur les rapports de travail et décomptes fournis à la caisse cantonale pour deux employés.

C.

Statuant sur l'opposition de G._____ Sàrl reçue le 31 janvier 2014, l'autorité inférieure l'a rejetée par décision du 27 février 2014. Elle a notamment considéré qu'aucun nouvel élément n'avait été apporté et que les erreurs constatées avaient été admises par l'entreprise. En particulier, celle-ci a confirmé avoir requis de ses employés qu'ils soient présents à plein temps à leur poste de travail durant la période de réduction de l'horaire de travail, ce qui ne constitue pas une perte de travail.

D.

Le 31 mars 2014, X._____ Sàrl – qui a succédé à G._____ Sàrl – a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral ; elle conclut à son annulation et à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas tenue de restituer la somme de 58'860.55 francs à la caisse cantonale. À l'appui de ses conclusions, elle se plaint de ce que le tableau établi par l'autorité inférieure ne correspondait pas à ses propres données. Elle précise que, selon un accord passé avec ses employés, ceux-ci se rendaient chaque jour sur le lieu de travail mais que seul 30% du temps était consacré au travail, 70% étant libre. En réalité, le temps de travail effectif était même inférieur à 30% et le reste de leur temps était dévolu à des activités privées : les employés écoutaient de la musique, faisaient des jeux ou se formaient à titre privé. Dans ces circonstances, elle affirme que

les feuilles de timbrage établies en déduisant les heures de présence correspondent à la réalité, ce d'autant plus qu'elles ont été contrôlées et signées par les employés. Par ailleurs, elle fait valoir que l'autorité précédente ne mentionne que le cas de deux employés dans sa décision, de sorte que l'on ne saisit pas la raison pour laquelle les prestations versées en faveur du troisième devraient également être restituées. La recourante conteste ensuite que les feuilles de timbrage des employés A._____ et B._____ n'ont pas été produites et rappelle la distinction à opérer entre les heures de présence et les heures de travail effectif. S'agissant de l'employé C._____, elle reconnaît ne pas avoir conservé lesdites feuilles mais fait valoir qu'il lui est loisible de prouver les horaires de travail par d'autres moyens de preuve. Enfin, la recourante se plaint de violations de son droit d'être entendu, du principe de la proportionnalité et de la bonne foi.

E.

Dans sa réponse du 8 mai 2014, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours reprenant, pour l'essentiel, les arguments de sa décision sur opposition. Elle indique, en outre, que les nouvelles pièces ont été remises ultérieurement au contrôle effectué par l'inspecteur, de sorte qu'elles ne doivent pas être prises en considération, ce d'autant plus qu'elles se fondent notamment sur des heures facturées sans rapport avec les heures réellement travaillées. Pour le surplus, l'autorité inférieure conteste toute violation du droit d'être entendu en tant que l'audition des travailleurs ou d'autres personnes a été refusée.

F.

Se déterminant par courrier du 10 juin 2013, la recourante fait valoir que la présence sur le lieu de travail pour vaquer à des activités privées a été acceptée par les employés, de sorte qu'elle n'avait pas à conserver les feuilles de timbrage mentionnant uniquement la présence mais ne reflétant pas les heures effectivement travaillées, lesquelles étaient même inférieures à 30%. Selon elle, les rapports remis satisfont aux exigences de la jurisprudence. Enfin, la recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure ne s'est pas déterminée sur l'ensemble des griefs soulevés dans le recours.

G.

Le 3 juillet 2014, l'autorité inférieure a confirmé ses conclusions, relevant qu'elle avait suffisamment indiqué les raisons pour lesquelles il lui était impossible de vérifier, en l'espèce, les heures travaillées par les employés de la recourante. Elle a en outre précisé que C._____ ne figurait pas

dans le système de gestion électronique des données de l'assurance-chômage contrairement aux deux autres employés, que les heures supplémentaires entrant en ligne de compte sont celles effectuées entre le 21 novembre 2011 et le 20 mai 2012. Enfin, elle rappelle que le caractère contrôlable des heures effectuées est une condition matérielle du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et que la recourante ne saurait rien déduire du principe de la bonne foi.

H.

La recourante s'est encore exprimée par courrier du 5 août 2014. En substance, elle reprend les arguments de ses précédentes écritures en se prévalant du système mis en place avec l'accord de ses employés et invoque sa bonne foi. Enfin, elle allègue ne pas comprendre le calcul des heures supplémentaires.

I.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que besoin, dans les considérants en droit.

Droit :

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 [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 autres conditions de recevabilité sont respectées (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA).

Partant, le recours est recevable.

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).

2.1 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 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 est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (cf. 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 rattrapage imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (cf. art. 46 al. 2 et 66a al. 2 OACI).

2.2 L'organe de compensation révise 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).

3.

En l'espèce, l'autorité inférieure a ordonné la restitution de la somme de 58'860.55 francs correspondant à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail indûment versées pour le motif que le temps effectif de travail des employés n'était pas contrôlable pour la période en cause.

3.1 L'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit 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, 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 (cf. arrêts du TF 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5 et C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; arrêts du TAF 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, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 490 et réf. cit.). Aussi, 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 (cf. arrêts du TF C 86/01 précité consid. 1 et C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b ; arrêt du TAF B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4 s.).

3.2 La recourante fait tout d'abord valoir que, selon un accord passé avec ses employés, ceux-ci se rendaient chaque jour sur le lieu de travail mais que seul 30% du temps était dévolu au travail ; ils consacraient le reste de leur temps à des activités privées, à savoir ils écoutaient de la musique, faisaient des jeux ou se formaient à titre privé. Elle estime dès lors que les feuilles de timbrage établies en déduisant les heures de présence, contrôlées et signées par les employés, correspondent à la réalité.

3.3 En l'espèce, la recourante ne conteste pas que les feuilles de timbrage tenant compte des heures de présence ont été détruites et que seules sont désormais disponibles les feuilles rectifiées ne tenant pas compte des heures pour lesquelles les travailleurs devaient être présents mais pouvaient vaquer à leurs occupations. Il convient dès lors, à titre liminaire, de déterminer si leurs heures de présence doivent être comptabilisées comme des heures travaillées, comme retenu par l'autorité inférieure, ou si la manière de procéder de la recourante est admissible.

3.3.1 Selon l'art. 13 al. 1 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT1, RS 822.11), est réputé durée du travail, le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur. Est réputé service de piquet le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (art. 14 al. 1 OLT1). L'art. 15 al. 1 OLT1 prévoit que l'intégralité du temps mis à disposition de l'employeur au cours d'un service de piquet effectué dans l'entreprise compte comme durée de travail. Le temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur ; dans ce cas, le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail (art. 15 al. 2 OLT1).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le travail sur appel est licite (cf. ATF 124 III 249 consid. 2). Toutefois, le travailleur doit être rémunéré pour le temps durant lequel il doit se tenir prêt pour ses éventuelles mises à contribution. En particulier, lorsqu'il est tenu de le faire à l'intérieur de l'entreprise, ce service de piquet compte comme temps de travail normal et doit, sauf convention contraire, être rémunéré. S'il peut se tenir prêt à l'extérieur de l'entreprise, son service de mise à disposition appelle également une rémunération ; celle-ci ne doit toutefois pas nécessairement équivaloir à celle prévalant pour l'activité principale (cf. ATF 124 III 249 consid. 3).

3.3.2 En l'occurrence, il s'avère que 70% du temps des employés de la recourante consiste en un service de piquet devant être effectué dans les locaux de l'entreprise et qu'il constitue dès lors du temps de travail au sens de l'art. 15 al. 1 OLT1. De plus, une telle activité doit, en principe, être rémunérée. À cet égard, la recourante allègue certes que ses employés étaient tous d'accord d'effectuer leur service de piquet au sein de l'entreprise. On ne saurait toutefois en déduire que, par là même, ils

auraient renoncé à toute rémunération de la part de la recourante. Celle-ci ne le prétend d'ailleurs pas. Il s'ensuit que l'on ne saurait considérer que le temps consacré au service de piquet par les employés de la recourante consiste en une réduction du temps de travail au sens de l'art. 31 LACI. C'est dès lors à juste titre que l'autorité inférieure a retenu que la feuille de timbrage comprenant les heures de présence sur le lieu de travail devait seule être prise en considération.

De plus, même dans l'hypothèse – peu probable – que la recourante et ses employés aient passé un nouveau contrat de travail prévoyant désormais un travail sur appel, le droit aux indemnités de l'art. 31 LACI serait tout aussi inexistant. Une indemnisation ne peut intervenir, dans un tel cas, que lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (cf. ATF 107 V 59 consid. 1 ; arrêt du TF 8C_379/2010 du 28 février 2011 consid. 1.2 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-2470/2013 du 20 novembre 2014 consid. 4.1). Aussi, il eût fallu tenir compte d'une nouvelle période de référence pour déterminer, sur la base de ce nouveau contrat, si les appels auraient diminué dans une mesure telle qu'il constituerait une réduction du temps de travail au sens de la LACI.

3.4 Il suit de ce qui précède que, à défaut de feuilles de timbrage mentionnant les présences et les absences sur le lieu de travail, y compris les services de piquet – lesquels consistent en du temps de travail (cf. supra consid. 3.3) – il n'est pas possible pas d'établir de manière précise, à l'heure près, l'ampleur de l'éventuelle réduction du temps de travail donnant lieu à l'indemnisation. Mal fondé, le recours doit donc être rejeté sur ce point.

4.

L'octroi d'indemnités se révélant injustifié faute d'une réduction de travail contrôlable (cf. supra consid. 3), la question de savoir si les heures supplémentaires des employés de la recourante ont été correctement comptabilisées peut demeurer indécise. En effet, la prise en compte des heures travaillées en plus n'entre en considération que pour autant qu'une éventuelle réduction du temps de travail soit déterminable et contrôlable.

5.

De plus, c'est en vain que la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu de ce qu'elle n'a pas pu produire des moyens de preuve complémentaires ou requérir l'audition de ses employés avant que la décision entreprise ne soit rendue. D'une part, selon une jurisprudence

bien établie, ni l'interrogation ultérieure des travailleurs concernés ni celle d'autres personnes ne peut pallier le défaut de documents propres à déterminer l'horaire de travail, dès lors qu'il est improbable que ces personnes puissent donner, de mémoire, une information détaillée et précise sur les horaires de travail en question (cf. arrêt du TF C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; cf. également parmi d'autres : arrêts du TAF B-3424/2010 précité consid. 6.1 et B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3). D'autre part, la recourante a elle-même admis que les feuilles de timbrage tenant compte de toutes les heures de présence des employés sur le lieu de travail, seules déterminantes en l'espèce (cf. supra consid. 3), avaient été jetées (cf. réplique du 10 juin 2014, p. 2). Aussi, l'autorité inférieure, certaine que d'autres preuves ne l'amèneraient pas à modifier son opinion, pouvait procéder d'une manière exempte d'arbitraire à une appréciation anticipée des preuves et mettre un terme à l'instruction (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1; 124 I 208 consid. 4a).

6.

En tant qu'elle se plaint du caractère disproportionné de la décision attaquée, la recourante invoque en réalité un formalisme excessif.

6.1 Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (cf. ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 132 I 249 consid. 5 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 139 consid. 2a ; 127 I 31 consid. 2a/bb).

6.2 En l'espèce, la définition légale du temps de travail comme l'obligation pour les employeurs de disposer d'un système de contrôle du temps de travail précis – lequel découle de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral – visent respectivement à protéger les travailleurs et à prévenir les abus en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Ces exigences répondent ainsi sans conteste à un intérêt digne de protection. Il suit de là que l'autorité inférieure ne consacre aucun formalisme excessif ni ne viole le principe de proportionnalité en exigeant le remboursement litigieux pour motif que la réduction de travail alléguée par la recourante n'est pas suffisamment contrôlable.

7.

Enfin, la recourante ne saurait non plus tirer argument du fait que la notion d'heure de travail n'est pas définie dans la brochure "Info-Service,

Information aux employeurs, Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" et que c'est de bonne foi qu'elle a convenu avec ses employés que les heures de travail effectif seraient comptabilisées à l'exclusion des heures de présence. Le temps de travail étant défini par l'OLT1 (cf. supra consid. 3.3.1), la recourante ne peut se prévaloir de sa prétendue méconnaissance du droit ni en tirer avantage (cf. arrêts du TF C 273/04 du 13 juillet 2005 consid. 5 et C 5/04 du 27 mai 2004 consid. 5.1 ; arrêt du TAF B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 4.3.1). Il y a donc lieu de considérer qu'elle ne pouvait pas ignorer qu'un service de piquet exercé au sein de l'entreprise vaut temps de travail. Dans le doute, son devoir de diligence lui imposait de se renseigner auprès des autorités compétentes (cf. arrêt du TAF B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.5).

8.

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 versées pendant la période allant du 21 mai au 31 octobre 2012 pour un total de 58'860.55 francs. La décision déférée ne viole donc pas le droit fédéral ni ne consacre un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

9.

Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. 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 (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 2'000 francs ; ils seront compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà versée par la recourante, dès l'entrée en force du présent arrêt.

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 2'000 francs, seront mis à la charge de la recourante et compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà versée par celle-ci, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. (...) ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie DEFR (acte judiciaire)
- à la Caisse cantonale F. _____ de chômage (en extrait)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 22 décembre 2014