Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-1156/2013

Arrêt du 26 septembre 2013

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Maria Amgwerd et Philippe Weissenberger, juges,
Gregory Sauder, greffier.

Parties

A._____ Sàrl,
représentée par Me David Erard, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),
Marché du travail et assurance-chômage,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :

A.

A.a A._____ Sàrl (ci-après : A._____ ou la recourante) a perçu, pour la période de février 2009 à décembre 2010, des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) de la Caisse cantonale d'assurance-chômage de B._____ (ci-après: la Caisse cantonale). Le 6 décembre 2012, 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.

A.b Par décision du 19 décembre 2012, le SECO a requis A._____ de restituer à la Caisse cantonale des prestations perçues indûment pour un montant de Fr. 111'262.60. En substance, il a considéré que l'entreprise ne disposait d'aucun système de contrôle du temps de travail, de sorte qu'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.

A.c Statuant sur l'opposition de A._____ du 9 janvier 2013, l'autorité inférieure l'a rejetée par décision du 31 janvier 2013. Elle a notamment considéré que les calendriers annuels 2009 et 2010 des collaborateurs - comprenant, pour chaque jour, des annotations telles que "travail, chômage, vacances, maladie, jour férié" - ne pouvaient être admis comme contrôle du temps de travail, même si le personnel était soumis à un horaire de travail fixe, dès lors que toutes les heures travaillées - y compris les heures supplémentaires - n'étaient pas vérifiables précisément. Pour le surplus, elle a indiqué que lesdits calendriers n'avaient pas été soumis à l'inspecteur le 6 décembre 2012.

B.

Le 4 mars 2013, A._____ 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 ne doit pas la somme de Fr. 111'262.60 à la Caisse cantonale. A l'appui de ses conclusions, elle invoque une violation de la loi sur l'assurance-chômage ainsi qu'un abus d'appréciation et une constatation erronée des faits au sens de la procédure administrative fédérale. Elle fait valoir que les calendriers annuels - tenus quotidiennement, puis signés à la fin du mois par chaque employé et sur lesquels figurent les jours travaillés, les jours fériés, les vacances, les jours manqués pour cause d'accident ou de maladie, les jours rattrapés et les jours chômés - constituent un contrôle suffisant du temps de travail,

puisque l'horaire de l'entreprise est fixe, à savoir du lundi au jeudi : de 7:00 heures à 12:00 heures et de 12:45 heures à 17:00 heures et le vendredi : de 6:00 heures à 12:30 heures. Aussi, si un jour est indiqué comme chômé, il est aisé de déterminer le nombre d'heures correspondant. Elle précise pour le surplus que, compte tenu des difficultés économiques rencontrées, les employés n'avaient pas effectué d'heures supplémentaires et que, si tel avait été le cas, celles-ci figureraient sur lesdits calendriers. Elle requiert, en outre, l'audition des employés qui pourront confirmer, d'une part, que les calendriers sont exacts et, d'autre part, qu'ils n'ont pas effectué d'heures supplémentaires.

C.
Dans sa réponse du 24 mai 2013, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours reprenant, pour l'essentiel, les arguments de sa décision sur opposition. Elle indique, pour le surplus, que les calendriers ont été remis ultérieurement au contrôle effectué par l'inspecteur de sorte qu'ils ne doivent pas être pris en considération, leur authenticité ne pouvant être confirmée.

D.
Se déterminant encore par courrier du 26 juin 2013, la recourante fait valoir que les calendriers transmis satisfont aux exigences de la jurisprudence et que l'on ne saurait remettre en cause leur authenticité. Elle précise également que - pour les années 2009 et 2010, contrairement à ce qui s'est produit en 2013 - la Caisse cantonale ne lui avait pas fait parvenir un formulaire précisant que la mise en place d'un horaire fixe ne dispensait pas de l'obligation de disposer d'un système de contrôle du temps de travail.

E.
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 A._____ (cf. 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 (cf. art. 11, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA).

Partant, le recours est recevable.

2.

2.1 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).

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).

2.2 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 rattrapage imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (art. 46 al. 2 et 66a al. 2 OACI).

2.3 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 Fr. 111'262.60 correspondant à des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail indûment versées, pour le motif que la recourante ne disposait pas d'un système de contrôle de l'horaire de travail.

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 Tribunal fédéral [TF] 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5 et C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral [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, 2e 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 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 (cf. arrêt du TF C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.1 et réf. cit.). Il en va de même dans le cas de personnes percevant un salaire mensuel (cf. arrêt du TF 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 (cf. arrêt du TF C 295/02 du 12 juin 2003 consid. 2.2 ; 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). Les heures travaillées ne doivent ainsi pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (cf. arrêt du TF C 269/03 précité consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral et B-8093/2010 précité consid. 3 et B-7898/2007 précité consid. 3.1).

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 (cf. arrêt du TF C 86/01 précité 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 (cf. ERWIN MURER/HANS ULRICH STAUFFER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4e éd., Bâle/Genève, 2013, p. 205). Le fait de contrôler les présences et les absences n'est pas non plus suffisant (cf. arrêt du Tribunal

administratif fédéral B-3939/2011 précité consid. 4.1 et les réf. cit.), ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral B-7902/2007 du 24 juin 2007 [recte 2008] et B-3364/2011 précité consid. 4.3 [confirmé par arrêt du TF 8C_852/2012 du 6 décembre 2012] et réf. cit.).

3.2 La recourante se prévaut de calendriers annuels tenus de manière manuscrite et quotidienne, signés à la fin du mois par chaque employé et sur lesquels figurent les jours travaillés, les jours fériés, les vacances, les jours manqués pour cause d'accident ou de maladie, les jours rattrapés et les jours chômés. Elle précise que l'horaire de ses employés est fixe - à savoir du lundi au jeudi : de 7:00 heures à 12:00 heures et de 12:45 heures à 17:00 heures et le vendredi : de 6:00 heures à 12:30 heures - de sorte que, si un jour est indiqué comme chômé, il est aisé d'en déterminer le nombre d'heures correspondant ; de même, si l'employé n'a travaillé qu'une partie de la journée, le nombre d'heures est indiqué. Elle ajoute que, durant la période de février 2009 à décembre 2010, aucune heure supplémentaire n'a été effectuée - ce qui, selon elle, va de soi pour une entreprise en difficultés - et que, dans le cas contraire, elle l'aurait mentionné sur lesdits calendriers.

3.3 En l'occurrence, le système de contrôle mis en place par la recourante permet bien de distinguer les jours chômés des jours travaillés, fériés, de vacances, manqués pour cause d'accident ou de maladie, et rattrapés. Il renseigne également sur le nombre d'heures effectuées lorsqu'une journée n'a été que partiellement chômée. A l'aune de la jurisprudence susmentionnée (cf. supra consid. 3.1), un tel système n'est cependant pas suffisant puisqu'il n'est pas propre à établir, à l'heure près et pour chaque jour, les heures de travail perdues. Il ne permet notamment pas de vérifier si les employés ont effectué ou non des heures supplémentaires durant la période concernée. Or celles-ci doivent être intégrées au temps de travail, en réduction des heures perdues, pour des motifs d'ordre économique (cf. supra consid. 2.2). En tant qu'elle prétend sur ce point qu'aucune heure supplémentaire n'a été effectuée et qu'il va de soi qu'une entreprise en difficulté n'exige pas de telles heures de la part de ses collaborateurs, la recourante ne parvient pas, par cette seule allégation, à démontrer, sans doute possible, que ses employés n'ont travaillé aucune heure en plus durant la période en cause. On ne saurait, en effet, déduire qu'aucune heure supplémentaire n'a été effectuée certains jours de travail du seul fait des difficultés économiques rencontrées par une entreprise. Il s'ensuit que les calendriers remis par la recourante ne permettent pas d'établir de manière précise, à l'heure près,

l'ampleur de la réduction du temps de travail donnant lieu à l'indemnisation. Mal fondé, le recours doit donc être rejeté sur ce point.

Dans ces circonstances, la question de savoir s'il y avait lieu ou non de tenir compte desdits calendriers - lesquels n'ont pas été soumis à l'inspecteur, mais remis ultérieurement lors de l'opposition du 9 janvier 2013 - peut demeurer indécise.

3.4 De plus, c'est en vain que la recourante requiert l'audition de ses employés, afin qu'ils confirment l'authenticité des calendriers et l'absence d'heure supplémentaire. En effet, selon une jurisprudence bien établie, ni l'interrogation ultérieure des travailleurs concernés ni celui 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 Tribunal administratif fédéral B-3424/2010 précité consid. 6.1 et B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3). Il ne saurait en aller autrement en l'espèce au sujet d'heures effectuées, pour une part, il y a plus de quatre ans. Il suit de là que la requête en audition de témoins de la recourante doit être rejetée.

3.5 Enfin, la recourante ne saurait non plus tirer argument du fait qu’aucun formulaire au sujet du contrôle du temps de travail en cas d'horaire fixe ne lui avait été remis pour les années 2009 et 2010, contrairement à ce qui a ensuite été fait en 2013.

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 (cf. arrêt du TF 8C 375/2007 du 28 septembre 2007 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3939/2011 précité consid. 6.2, B-8093/2010 du précité consid. 4.3.1 et B-7898/2007 précité consid. 4.2). Or 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 cantonale […]. 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. Dans le doute, son devoir de diligence lui imposait de se renseigner auprès des autorités compétentes pour savoir si le système qu'elle avait mis en place était suffisant.

3.6 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 de février 2009 à décembre 2010 pour un total de Fr. 111'262.60. 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.

4.

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 Fr. 3'000.- ; ils seront compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà versée par la recourante, dès l'entrée en force du présent arrêt.

Par ailleurs, 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 Fr. 3'000.-, 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 de B._____ (en extrait).

Le président du collège : Le greffier :

Pascal Richard Gregory Sauder

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Cours de droit social, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (cf. 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 (cf. art. 42 LTF).

Expédition : 2 octobre 2013