

Droit des obligations - société anonyme - ATC (Cour pénale II) du 26 janvier 2011, MP c. X. - TCV P1 10 25

Société anonyme : attributions du conseil d'administration ; violation du devoir de diligence en cas de perception d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail

- Attributions générales du conseil d'administration ; attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. Dans le cadre de l'exercice de la haute surveillance du conseil d'administration, tous les membres du conseil d'administration répondent de la cura in custodiendo (art. 716, 716a, 717 CO ; consid. 7c/aa).
- Obligations de l'employeur qui entend bénéficier des indemnités pour réduction des heures de travail (art. 36 ss LACI ; consid. 7c/bb).
- 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. Lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît erroné et justifie une restitution (art. 31 al. 3 let. a, 95 al. 1 LACI ; consid. 7c/bb).
- En l'espèce, les administrateurs ont violé leur devoir de surveillance et de diligence (art. 716a, 717 CO ; consid. 7c/cc).

Aktiengesellschaft: Aufgaben des Verwaltungsrates; Verletzung der Sorgfaltspflicht im Rahmen der Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigungen

- Allgemeine Aufgaben des Verwaltungsrates; unübertragbare und unentziehbare Aufgaben der Mitglieder des Verwaltungsrates. Im Rahmen der Ausübung der Oberaufsicht gilt für sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates die cura in custodiendo (Art. 716, 716a, 717 OR; E. 7c/aa).
- Pflichten des Arbeitgebers, der beabsichtigt, Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (Art. 36 ff. AVIG; E. 7c/bb).
- Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Ist die Arbeitszeitreduktion nicht genügend überprüfbar, erfolgt die Leistung von Kurzarbeitsentschädigung fälschlicherweise, was einen Rückforderungsanspruch begründet (Art. 31 Abs. 3 lit. a, 95 Abs. 1 AIVG; E. 7c/bb).
- Vorliegend haben die Verwaltungsräte ihre Aufsichts- und Sorgfaltspflicht verletzt (Art. 716a, 717 OR; E. 7c/cc).

Faits (résumé)

A. A. SA a été déclarée en faillite le 30 mars 2000. X. était actionnaire et membre du conseil d'administration. Auparavant, en octobre 1999, A. SA avait adressé à l'office cantonal du travail un préavis de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour la période du 15 octobre au 31 décembre 1999. Le 20 octobre 1999, l'office lui a communiqué qu'il ne faisait pas opposition au versement des indemnités pour la période en cause. A. SA a transmis à la caisse de chômage une « liste des présences » et des « rapports journaliers ». Ces documents, indiquaient les jours et heures travaillés. Sur la base des informations fournies, la caisse a versé 23 451 fr. 55 à A. SA, pour la période précitée. En janvier 2000, agissant pour A. SA, les deux administrateurs B. et C. ont signé avec des employés des « contrats de durée déterminée », faisant état d'entrées en fonction en 1999 et du terme de l'engagement au 31 janvier 2000. En janvier 2000, les employés ont déposé une demande d'indemnités de chômage, à compter du 1^{er} février 2000. Ils ont chacun produit ledit contrat de durée déterminée. La caisse s'est étonnée de ces demandes, en raison des indemnités pour réduction de l'horaire de travail, versées à la société pour la période d'octobre à décembre 1999. Ces prestations ne pouvaient pas être servies en faveur d'employés engagés à durée déterminée (cf. art. 33 al. 1 let. e LACI). Interrogés, des employés ont dans un premier temps confirmé la réduction du temps de travail, avant de se rétracter et d'affirmer qu'ils avaient en réalité travaillé à plein temps, qu'il n'y avait nullement eu de réduction des horaires et que le contenu des listes des présences et des rapports journaliers était faux. L'administrateur X., qui s'occupait des questions de personnel, a enfin reconnu avoir agi avec légèreté, tout en se défendant d'avoir cautionné des fraudes à l'assurance-chômage. En mars 2000, la caisse a ordonné à A. SA de rembourser les indemnités versées, en raison de la réduction de l'horaire de travail. En avril 2000, la caisse a déposé une dénonciation pénale.

Lors de l'instruction, X. a exposé qu'il s'était consacré au contrôle des pièces de caisse de A. SA jusqu'à la mi-mai 1999 et n'avait déployé ensuite aucune activité particulière en sa qualité d'administrateur. Quant aux indemnités RHT, il a déclaré qu'à la suite d'une décision des administrateurs, il avait demandé à un autre administrateur d'entreprendre les démarches utiles auprès des organes concernés. Il

a admis ne pas avoir contrôlé systématiquement la présence ou l'absence des employés. Il savait, à l'époque, que des contrats avaient été soumis au personnel, mais il ne connaissait ni leur teneur exacte ni le motif pour lequel ils avaient été établis. X. avait connaissance de la demande d'indemnités RHT déposée auprès de la caisse de chômage. Le juge d'instruction a inculpé les administrateurs, dont X., de faux dans les titres (art. 251 CP), d'escroquerie (art. 146 CP) et de violation des art. 105 et 106 LACI. Après expertise, le 23 février 2010, le juge d'instruction a suspendu l'instruction par un non-lieu. Contre ce prononcé, X. a formé appel, le 1^{er} mars 2010, en réclamant notamment à l'Etat du Valais 5 000 fr. à titre de dépens.

Considérants (extraits)

7. c) aa) L'art. 716 CO dispose que le conseil d'administration peut prendre ses décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts (al. 1); il gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion (al. 2).

L'art. 716a al. 1 CO énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres d'un conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (ch. 5). Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo. C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société. Ce devoir de surveillance incombe à tous les membres du conseil d'administration, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein de celui-ci (arrêt 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.3 et les réf. cit.). Le conseil d'administration n'est pas supposé surveiller le détail de l'activité des personnes auxquelles la gestion a été déléguée, mais seulement les aspects

principaux de celle-ci (Peter/Cavadini, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n. 35 ad art. 716a CO).

L'art. 717 al. 1 CO dispose, pour sa part, que les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. L'administrateur est tenu, en particulier, de surveiller les personnes chargées de la gestion et de l'administration. L'obligation de diligence implique de se renseigner sur l'activité de ces personnes et sur la marche des affaires, en opérant les contrôles nécessaires, afin d'assurer à l'entreprise une activité conforme à la loi, aux statuts et aux règlements (arrêt 9C_328/2007 du 29 avril 2008 consid. 4.2; ATF 122 III 195).

bb) Aux termes de l'art. 88 al. 1 let. d aLACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, les employeurs remplissent leurs obligations légales en matière de renseignements et d'avis. La disposition renvoie expressément à l'art. 96 LACI. Selon l'alinéa 1^{er} de celui-ci, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, les bénéficiaires de prestations, leurs représentants légaux et les employeurs sont tenus de fournir aux caisses et aux autorités compétentes de la Confédération et des cantons tous les renseignements et documents nécessaires.

Les art. 36 ss LACI énoncent les obligations de l'employeur qui entend bénéficier des indemnités pour réduction des heures de travail. L'art. 36 LACI traite du préavis de réduction et indique, en particulier, les informations que l'employeur doit transmettre à l'autorité compétente, soit, notamment, le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise et celui des travailleurs touchés par la réduction de l'horaire de travail, l'ampleur de celle-ci ainsi que sa durée probable.

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. Il appartient à la caisse d'examiner si l'horaire de travail est suffisamment contrôlable (art. 39 al. 1 LACI). L'art. 46b al. 1 OACI dispose que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1). L'employeur conserve les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2). L'obligation résulte de la

nature même de la prestation d'assurance : du moment que le facteur déterminant est la réduction de l'horaire de travail (art. 31 al. 1 LACI) et que celle-ci se mesure nécessairement en proportion des heures normalement effectuées par les travailleurs (art. 32 al. 1 let. b LACI), 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 assuré bénéficiaire de l'indemnité (arrêt C 367/99 du 15 mai 2000 consid. 1b). Aussi bien la perte de travail pour laquelle l'assuré fait valoir ses droits n'est réputée suffisamment contrôlable que si les heures effectives de travail peuvent être contrôlées pour chaque jour : c'est la seule façon de garantir que les heures supplémentaires qui doivent être compensées pendant la période de décompte soient prises en considération dans le calcul de la perte de travail mensuelle (DTA 1999 n° 34 p. 200; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG] vol. I, note 33 ad art. 31 LACI; Rubin, Assurance-chômage, 2006, n° 6.1.2.6.4 p. 490 s.). Le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité (arrêt précité, consid. 3). Ou bien cette condition légale est réalisée, ou bien elle fait défaut. Lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît donc comme sans nul doute erroné et justifie une restitution selon l'art. 95 al. 1 LACI (arrêt C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1).

cc) En l'espèce, en ce qui concerne la demande d'indemnités de réduction de l'horaire de travail (RHT), il est rappelé que, selon certains des protagonistes, il n'y a pas eu de réduction du temps de travail. Dans cette première hypothèse, soit la situation était connue et voulue par les administrateurs, soit elle était ignorée d'eux. A croire d'autres intéressés, les employés ont effectivement diminué leur temps de travail.

Il importe peu, pour trancher la question à résoudre en appel, de retenir l'une ou l'autre version des faits. Quelles que fussent les circonstances exactes ayant entouré la demande d'indemnités, le comportement des administrateurs, en particulier de X., est fautif pour les motifs suivants.

Dans la mesure où les administrateurs ont décidé de déposer une demande de prestations sans mettre en place, parallèlement, une réduction des heures de travail, ils ont violé le devoir de diligence

imposé par l'art. 717 CO, en exposant la société, si l'irrégularité était découverte, au refus de l'indemnité, voire, plus tard, à son remboursement. Ils ne pouvaient pas se désintéresser de la portée de leur demande auprès de la caisse de chômage. Un administrateur raisonnable placé dans les mêmes circonstances n'aurait, en effet, pas manqué de déterminer la réduction de l'horaire de travail, par exemple en établissant un plan de travail hebdomadaire, et de la communiquer aux quatre travailleurs bénéficiaires des indemnités RHT en leur donnant pour instruction de s'y soumettre. Les administrateurs ont également enfreint, dans cette hypothèse, le devoir incombant à l'employeur d'informer et de renseigner les autorités compétentes dans le cadre d'une demande RHT (cf. art. 88 al. 1 let. d en rapport avec art. 36 LACI). Leur comportement serait, de surcroît, abusif, faute d'avoir mis en œuvre la réduction de l'horaire de travail après avoir sollicité le versement des indemnités RHT.

Si les administrateurs ont admis qu'une réduction de l'horaire était en place, mais ont ignoré que les employés censés avoir diminué leur activité travaillaient à plein temps, on doit leur reprocher d'avoir méconnu le fonctionnement de la société et, partant, d'avoir violé leur devoir de surveillance au sens de l'art. 716a CO. Il leur appartenait d'entreprendre des démarches concrètes pour obtenir les informations utiles sur l'activité des quatre travailleurs concernés par la réduction de l'horaire de travail. Il leur incombait, le cas échéant, d'exiger le respect de la diminution de travail décidée. Leur devoir était d'autant accru que les administrateurs n'avaient pas repourvu le poste de directeur, mais en avaient confié les attributions à des employés déjà en place. La mauvaise santé financière de la société nécessitait également une attention particulière, notamment un suivi de la demande d'indemnités RHT. Les actes de la cause révèlent qu'aucun contrôle systématique, à l'heure près, de la réduction effective du temps de travail, n'a été effectué. Les administrateurs ont fait confiance aux travailleurs sans même leur donner, préalablement, des directives afférentes à l'ampleur de la diminution du travail. Leur ignorance quant aux horaires effectués par ceux-ci et leur impossibilité de les déterminer a posteriori révèle le manquement au devoir imposé par la LACI de mettre en place un moyen destiné à établir précisément la réduction effective du temps de travail.

Reste l'hypothèse la plus favorable aux administrateurs : une diminution des heures travaillées est réellement intervenue. Il n'en faudrait

pas moins constater une violation du devoir de surveillance au sens de l'art. 716a CO et du devoir de contrôle déduit de l'art. 31 al. 3 let. a LACI, faute par les intéressés d'avoir institué un système de contrôle précis des temps de présence, par exemple par des cartes de timbrage ou des rapports d'activité indiquant les heures d'arrivée et de départ le matin et l'après-midi, d'en avoir donné connaissance aux quatre travailleurs bénéficiaires des indemnités RHT en leur ordonnant de s'y conformer et d'avoir procédé aux vérifications y relatives. Il ne pouvait leur échapper, en faisant preuve d'un minimum d'attention, que ces mesures étaient nécessaires pour établir l'ampleur de la perte de travail. L'absence de directeur commandait qu'ils vouent une attention particulière à la gestion de la société, en particulier à la portée de la demande d'indemnités RHT.

En résumé, si les administrateurs avaient fait preuve de toute la diligence que l'on pouvait attendre d'eux dans l'accomplissement de leur fonction, ils auraient veillé à ce qu'une demande d'indemnités RHT régulière et conforme à la vérité soit présentée - ou y auraient renoncé - et auraient pu fournir à la caisse de chômage les éléments propres à écarter les soupçons d'infractions à la LACI, ou, plus tard, à convaincre le juge d'instruction que les faits incriminés n'étaient pas punissables, prévenant ainsi l'ouverture d'une instruction à leur encontre. Les manquements commis par les administrateurs, quels qu'ils fussent, sont ainsi en lien de causalité avec l'introduction de la procédure les concernant. A l'instar de ses collègues, l'administrateur X. a adopté un comportement fautif, en sorte qu'il ne saurait lui être alloué des dépens. Son appel est dès lors rejeté.