



Cour II
B-4465/2023

Arrêt du 8 avril 2024

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Pietro Angeli-Busi, Daniel Willisegger, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Dr Christian Bettex,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail / Assurance-chômage,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,
représenté par Prof. Dr Isabelle Häner et
Dr Florian Brunner, Bratschi SA,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

X._____ SA a perçu, pour la période de mars à mai 2020, des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) de la Caisse cantonale de chômage du canton A._____ (ci-après : caisse cantonale).

Les 30 juin et 1^{er} juillet 2022, Ernst & Young SA, agissant au nom du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO ou autorité inférieure) a procédé au contrôle du bien-fondé de ces indemnités s'agissant du secteur des activités « R._____ » (AGK 84).

B.

Par décision du 24 avril 2023, le SECO a requis X._____ SA de restituer à la caisse cantonale des prestations perçues indûment pour un montant de 45'308.55 francs. En substance, il a considéré que, faute 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 certains employés.

C.

Statuant sur opposition, le SECO l'a rejetée par décision du 29 juin 2023.

D.

Dans une procédure parallèle (AGK 86) et concernant les activités du secteur « S._____ » de X._____ SA, l'autorité inférieure a également rendu une décision sur révision, le 24 avril 2023, et une décision sur opposition, le 29 juin 2023. Malgré l'absence d'un système de contrôle du temps de travail, elle a néanmoins reconnu les heures perdues des collaborateurs IT pour la période durant laquelle ceux-ci n'avaient pas du tout travaillé. La décision sur opposition est désormais entrée en force.

E.

Le 17 août 2023, X._____ SA (ci-après : recourante) a recouru contre la décision sur opposition rendue le 29 juin 2023 dans la procédure AGK 84 et concernant le secteur des activités « R._____ ». Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que celle-ci soit réformée en ce sens qu'elle ne doit rembourser aucune prestation à la caisse cantonale. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause pour nouvelle décision. A l'appui de ses conclusions, elle se plaint d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure. Elle considère qu'en l'espèce, l'absence d'un système de contrôle du temps de travail ne

devrait pas, comme pour la procédure AGK 86, faire obstacle à la reconnaissance des heures non travaillées. Elle estime que sa situation eût été plus avantageuse si elle n'avait pas déclaré avoir travaillé certaines heures. Elle indique en outre qu'il est évident, selon elle, que les agendas de ses employés attestent la perte d'heures de travail.

F.

Dans sa réponse du 29 septembre 2023, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours. Elle fait valoir que la condition du caractère contrôlable du temps de travail n'est pas réalisée pour certains employés de la recourante et qu'en conséquence, elle n'a pas droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Elle estime d'abord que la situation de la recourante est différente en ce qui concerne le secteur « R. _____ » d'avec celui « S. _____ » puisque, dans le premier, certaines heures ont été travaillées alors qu'aucune l'ont été pour le second. En l'absence de toute heure travaillée, l'existence ou non d'un système de contrôle des heures n'a aucune incidence. S'agissant des agendas des employés qui, selon la recourante, attestent le contrôle requis, elle conteste que ceux-ci satisfassent aux exigences en matière de contrôle. Elle indique enfin que la recourante ne saurait se prévaloir de sa bonne foi : si des heures ont été travaillées, elles doivent avoir été enregistrées et leur nombre exact doit pouvoir être démontré ; s'il est prétendu faussement que ces heures n'ont pas été travaillées, il y a infraction.

G.

Par réplique du 1^{er} novembre 2023, la recourante a maintenu ses conclusions et réitéré ses arguments, invoquant notamment l'interdiction du formalisme excessif. Elle précise également qu'il n'était évidemment pas question pour elle d'adopter un comportement contraire au droit pénal.

H.

Le 27 novembre 2023, l'autorité inférieure s'est encore exprimée et a persisté dans ses conclusions.

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

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 Le tribunal est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d LTAF ; art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [Loi sur l'assurance-chômage, LACI, RS 837.0] ; art. 5 al. 2 PA). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA ; art. 59 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]). Les autres conditions de recevabilité sont également respectées (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1 en lien avec 22a al. 1 let. b, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 38 al. 4 et 60 al. 1 LPGA).

Le recours est donc 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 (cf. art. 1a al. 1 LACI).

2.1 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).

2.2 L'organe de compensation révisé les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (cf. 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 (cf. 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 (cf. art. 83a al. 3 LACI).

3.

La recourante se plaint d'abus de pouvoir d'appréciation et de formalisme excessif de la part de l'autorité inférieure. Elle soutient d'abord que les heures perdues seraient suffisamment contrôlables pour les employés L._____, M._____ et N._____. Elle se prévaut de divers documents qui, selon elle, attestent les heures perdues.

3.1

3.1.1 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 remplissent les conditions décrites à l'art. 31 al. 1 let. a à d LACI. 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 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI, RS 837.02) précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1) ; il impose en outre à l'employeur de conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2).

3.1.2 Selon la jurisprudence, l'obligation de contrôle par l'employeur de la perte de travail résulte de la nature même de l'indemnité en cas de RHT, du moment que le facteur déterminant est la réduction de l'horaire de travail (cf. art. 31 al. 1 LACI) et que celle-ci se mesure nécessairement en proportion des heures normalement effectuées par les travailleurs (cf. art. 32 al. 1 let. b LACI). Ainsi, 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. Un total des heures perdues à la fin du mois ne permet pas de rendre suffisamment contrôlable la perte de travail. Le fait de contrôler les présences et les absences n'est pas non plus suffisant, ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise. La perte de travail pour laquelle l'assuré fait valoir ses droits est ainsi réputée suffisamment contrôlable uniquement 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. A cet égard, les heures de travail ne doivent pas nécessairement être enregistrées mécaniquement ou électroniquement. Une présentation suffisamment détaillée et un relevé quotidien en temps réel des heures de travail au moment où elles sont effectivement accomplies sont toutefois exigés. De telles données ne peuvent pas être remplacées par des documents élaborés ultérieurement. En effet, l'établissement *a posteriori* d'horaires de travail ou la présentation de documents signés après coup par les salariés contenant les heures de travail effectuées n'ont pas la même valeur qu'un enregistrement simultané du temps de travail et ne satisfont pas au critère d'un horaire suffisamment contrôlable au sens de l'art. 31 al. 3 let. a LACI. Cette disposition vise à garantir que les pertes d'emploi soient effectivement vérifiables à tout moment pour les organes de contrôle de l'assurance-chômage. Il s'agit d'une situation similaire à l'obligation de tenir une comptabilité commerciale (cf. art. 957 CO) (cf. arrêt du TF 8C_699/2022 du 15 juin 2023 consid. 5.1.2 et réf. cit. ; arrêts du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 8.1.2 et B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2 et réf. cit.).

3.1.3 Afin de tenir compte des difficultés causées par la pandémie de COVID-19, l'ordonnance du Conseil fédéral 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) assouplit certaines exigences en matière d'indemnités en cas de RHT. Le système n'en est pas pour autant fondamentalement modifié. Est ainsi maintenue l'obligation de procéder à un contrôle du temps de travail, prévue notamment par l'art. 46b OACI (cf. ATAF 2021 V/2 consid. 4.4.2, 4.6 et 4.10 ; arrêts du TAF précités B-1045/2022 consid. 7 et B-4559/2021 consid. 7.3.1).

3.1.4 Selon l'art. 25 al. 1, 1^{ère} phrase, LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération (caractère sans nul doute erroné de la décision et importance notable de la rectification) ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2, 138 V 426 consid. 5.2.1 et 130 V 318 consid. 5.2). Lorsque le caractère contrôlable de la perte de travail fait défaut, la décision d'octroi de prestations était d'emblée contraire au droit. Cette constatation par l'autorité inférieure ouvre donc en principe la voie de la

reconsidération de l'art. 53 al. 2 LPGA (cf. arrêt du TAF B-2785/2023 du 19 mars 2024 consid. 3).

3.2 En l'occurrence, la recourante allègue d'abord que les heures travaillées comme celles perdues par les employés L._____, M._____ et N._____ ressortent des leurs agendas Outlook. Concernant le collaborateur N._____, qui a quitté l'entreprise en juillet 2021, elle indique que le calendrier a été produit en annexe à l'opposition car il n'était pas possible de transmettre les informations nécessaires au moment du contrôle de l'entreprise. Elle en déduit que ces agendas permettent de retracer l'activité de chacun et de prouver que celle-ci a drastiquement changé durant les mois d'avril et de mai 2020. Selon elle, il serait ainsi attesté qu'ils ont été empêchés de travailler consécutivement aux mesures pour faire face à la pandémie de coronavirus et que la cessation d'activité fut totale durant lesdits mois.

3.3 Des agendas Outlook indiquent certes des rendez-vous et certaines activités du personnel ; ils ne permettent toutefois pas d'établir avec précision quand un employé a débuté ou mis un terme à son activité. De même, ils sont établis et remplis à l'avance dans un objectif de planification et aucunement dans celui d'un contrôle effectif des heures travaillées. Ils sont tout au plus à même de prouver la présence ou l'absence d'un employé ; cette seule qualité n'est toutefois pas, selon la jurisprudence précitée, suffisante pour le contrôle de l'horaire de travail. Aussi, il faut bien admettre qu'ils ne rendent nullement quotidiennement des heures fournies, des absences payées ou non, ainsi que des heures perdues dues à des facteurs économiques.

En outre, s'agissant de l'agenda Outlook de N._____, même s'il eût satisfait aux exigences d'un système de contrôle, il devrait de toute manière être écarté car il a été produit ultérieurement au contrôle. La jurisprudence est univoque sur ce point ; les données concernant les heures de travail perdues ne peuvent pas être remplacées par des documents élaborés ultérieurement. En effet, l'établissement *a posteriori* d'horaires de travail ou la présentation de documents signés après coup par les salariés contenant les heures de travail effectuées n'ont pas la même valeur qu'un enregistrement simultané du temps de travail ; tous deux ne satisfont pas au critère d'un horaire suffisamment contrôlable au sens de l'art. 31 al. 3 let. a LACI (cf. consid. 3.2 ci-dessus).

Enfin, 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 RHT. Ces exigences répondent sans conteste à un intérêt digne de protection. Il suit de là que l'autorité inférieure ne consacre aucun formalisme excessif en constatant que la réduction de travail alléguée par la recourante n'est pas suffisamment contrôlable (cf. sur ce point : arrêt du TAF B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 6).

Il suit de ce qui précède que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré que la recourante ne satisfaisait pas aux exigences du contrôle de l'horaire de travail.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4.

A l'appui de son grief de violation du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure, la recourante fait également valoir que, comme pour la procédure AGK 86, l'absence d'un système de contrôle du temps de travail ne devrait pas faire obstacle à la reconnaissance des heures non travaillées. Elle en déduit que sa situation eût été plus avantageuse si elle n'avait pas déclaré certaines heures travaillées. Elle se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire ; implicitement, elle se plaint également d'une inégalité de traitement, voire d'une violation du principe de la proportionnalité.

4.1 Le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.1). Une décision viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou si elle est dépourvue de sens et de but. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.1 et 129 I 1 consid. 3 ; arrêt du TAF B-5446/2021 du 19 juin 2023 consid. 5.1).

Le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) exige quant à lui qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute restriction allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au

sens étroit, dont l'examen implique une pesée des intérêts ; cf. ATF 147 IV 145 consid. 2.4.1, 143 I 403 consid. 5.6.3 et 142 I 76 consid. 3.5.1 ; arrêt du TAF B-2751/2020 du 19 novembre 2020 consid. 8.1).

4.2 En l'occurrence, il faut constater qu'en ce qui concerne les activités du secteur « S._____ » de la recourante, l'autorité inférieure a considéré que la totalité des heures perdues pendant les périodes durant lesquelles les collaborateurs IT concernés n'ont pas du tout travaillé était reconnue, malgré l'absence d'un système de contrôle du temps de travail fiable. Elle a jugé qu'un contrôle du temps de travail n'aurait pas permis d'en tirer d'autres conclusions. Pour ces quatre collaborateurs, il a été annoncé que l'entier des heures mensuelles avaient été perdues, à savoir quatre fois 168 heures, durant les mois d'avril et de mai 2020.

En revanche, concernant le secteur « R._____ », il ressort des documents de la caisse cantonale qu'en avril et mai 2020, 134.40 heures perdues ont été annoncées pour L._____ et 151,20 heures perdues pour M._____ et N._____ et non trois fois 168 heures, ce qui représenterait une absence totale d'activité de leur part. Aussi, il faut bien admettre que ces collaborateurs ont eu une activité durant la période en cause. Le fait que celle-ci fut particulièrement faible n'est pas déterminant. En effet, à défaut de système de contrôle des heures (cf. consid. 3 ci-dessus), il n'est pas possible de déterminer avec précision l'ampleur du droit à l'indemnité. La situation de ces trois collaborateurs est dès lors différente de celle des collaborateurs IT du secteur « S._____ » de la procédure AGK 86, pour lesquels l'autorité inférieure a fait preuve d'une certaine largesse nonobstant le défaut de système de contrôle des heures. Le fait que la situation de la recourante eût été plus favorable si elle n'avait déclaré aucune heure travaillée n'est pour le reste nullement pertinent puisque des heures travaillées ont effectivement été annoncées conformément aux obligations légales en la matière.

Dans ces circonstances, l'on ne saurait considérer que l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation ni n'a violé le principe de l'égalité de traitement ou celui de la proportionnalité. Il faut d'ailleurs admettre que les art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b al. 1 OACI, ainsi que la jurisprudence y relative ne laissent guère de place au pouvoir d'appréciation de l'autorité d'application du droit. Dès le moment où l'horaire de travail n'est – comme en l'espèce – pas considéré comme suffisamment contrôlable sur une période donnée, l'octroi d'indemnités, même partielles, n'entre en principe pas en ligne de compte (cf. arrêt du TF 8C_699/2022 précité consid. 6.4).

D'ailleurs, rien n'empêchait la recourante de mettre en place un système de contrôle des heures de travail effectivement effectuées.

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté sur ce point également.

5.

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 annoncées et qu'en conséquence, elle a exigé de la recourante la restitution des indemnités versées pendant les périodes de mars à mai 2020 pour un montant total de 45'308.55 francs. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

6.

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

Il n'y a en outre 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 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante et seront prélevés, dès l'entrée en force du présent arrêt, sur l'avance de frais, du même montant, déjà perçue.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et à la Caisse cantonale de chômage du canton A._____.

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 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 17 avril 2024

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 45895093 ; acte judiciaire)
- à la Caisse cantonale de chômage du canton A. _____ (en extrait, courrier A)