

# **BVGer B-2835/2022 vom 23. Oktober 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-10-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2835\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2835_2022)

FR: TAF B-2835/2022 du 23 octobre 2024

IT: TAF B-2835/2022 del 23 ottobre 2024

## **Regeste**

Assurance-chômage

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal administratif fédéral 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]).

### **E. 1.2**

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]).

### **E. 1.3**

Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11, 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 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).

### **E. 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).

### **E. 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 (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).

### **E. 3**

À titre liminaire, il est pris note du fait que la recourante ne conteste pas les erreurs et autres incohérences relevées par l'autorité inférieure en lien avec les décomptes produits durant la période litigieuse. Il en va ainsi de la comptabilisation d'un jour férié, des heures revendiquées pour deux ouvriers en incapacité de travail, ainsi que celles relatives à un ouvrier engagé sur appel bien que celui-ci n'eût pas encore travaillé six mois. De même, sont admises les contradictions relevées par l'autorité inférieure entre les documents fournis lors du contrôle du 24 juin 2021 et ceux en mains de la Caisse de chômage. La recourante se plaint en définitive du fait que l'autorité inférieure a considéré que le système de contrôle du temps de travail adopté ne remplissait pas les critères définis par la jurisprudence quant à la possibilité de vérifier le respect des règles applicables en matière de droit aux indemnités RHT. Ce faisant, elle invoque une violation des art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b OACI et soutient que les heures perdues seraient en l'espèce suffisamment contrôlables, de sorte que les conditions de restitution ne se trouveraient pas remplies.

#### **E. 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).

#### **E. 3.1.2**

Selon la jurisprudence, le caractère contrôlable de la perte de travail constitue une condition de fond du droit à l'indemnité qui soit s'avère remplie soit fait défaut (cf. arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2.1). 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. arrêt B-4559/2021 consid. 7.2.1). 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 (cf. arrêt du TF 8C\_699/2022 du 15 juin 2023 consid. 5.1.2). 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. À 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 au sens de l'art. 957 CO (cf. arrêt 8C\_699/2022 consid. 5.1.2 et les réf. cit. ; arrêts du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 8.1.2 et B-4559/2021 consid. 7.2 et les réf. cit.).

### **E. 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. Se révèle ainsi maintenue l'obligation de procéder à un contrôle du temps de travail, prévue notamment par l'art. 46b OACI (cf. ATF 150 V 249 consid. 3.1.2 et 5.1.2 ; ATAF 2021 V/2 consid. 4.4.2, 4.6 et 4.10 ; arrêts B-1045/2022 consid. 7 et B-4559/2021 consid. 7.3.1).

### **E. 3.1.4**

Selon l'art. 25 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Cette obligation 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 est 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).

### **E. 3.2.1**

En l'espèce, la recourante fait valoir que les heures effectivement travaillées par ses employés étaient saisies chaque jour de manière manuscrite sur des fiches et que des tableaux Excel étaient ensuite compilés sur la base de ces données. Une telle manière de faire aurait, selon elle, dû permettre à l'autorité de procéder à tous les contrôles nécessaires dans le respect des règles et principes applicables en l'espèce (cf. supra consid. 3.1.1 et 3.1.2). Si pareil mode de procéder est en soi susceptible de satisfaire aux réquisits légaux et jurisprudentiels en matière d'effectivité du caractère contrôlable du temps de travail (cf. supra consid. 3.1.2), encore faut-il que les éléments de preuve invoqués existent bel et bien au moment du contrôle effectué par le SECO. Force est à cet égard de constater que, nonobstant son obligation légale de les conserver pendant cinq ans (cf. supra consid. 3.1.1

in fine), la recourante n'a en l'espèce pas été en mesure de fournir les fiches de contrôle manuscrites alléguées pour la période du 1er mai 2020 au 31 mai 2021 ; le contrôle du temps de travail, respectivement de la perte alléguée par la recourante, n'a par conséquent pu être réalisé que sur la base des tableaux Excel remis à l'autorité inférieure lors du contrôle du 24 juin 2021. Or ces tableaux contiennent uniquement l'indication du nombre d'heures travaillées chaque jour pour chaque employé. Ils ne renseignent aucunement sur les éventuelles heures supplémentaires, ni sur les absences en cas de maladie, d'accident ou de service militaire, ce qui va déjà à l'encontre des exigences jurisprudentielles rappelées ci-avant (cf. supra consid. 3.1.2). À cet égard, le contrôle effectué par le SECO a précisément mis au jour le fait que la recourante avait revendiqué - et obtenu - des indemnités RHT pour deux employés alors en incapacité de travail pour cause de maladie sur des périodes de deux semaines, pour l'un, et d'au moins trois jours pour l'autre (cf. supra let. B et les relevés des mois d'octobre et novembre 2020 ainsi que janvier 2021 produits par l'autorité inférieure à l'appui de sa réponse du 25 octobre 2022). À cela s'ajoute le fait que les tableaux en question sont modifiables et ont effectivement été modifiés au moins à trois reprises par la recourante, en date des 22 et 23 juin 2021, sans qu'aucune explication quant à l'auteur et aux motifs de ces modifications n'ait pu être fournie par cette dernière au moment du contrôle opéré par le SECO. Dans ces circonstances, on ne saurait réellement se fier aux fichiers Excel de la recourante pour déterminer la perte de travail effective due à des raisons d'ordre économique ; c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que les manquements mis au jour lors de son contrôle ne relevaient pas de simples « erreurs isolées », d'une part, et que le caractère insuffisamment contrôlable des informations contenues dans lesdits fichiers affectait l'ensemble de la période du 1er mai 2020 au 31 mai 2021, d'autre part.

### **E. 3.2.2**

Pour tenter de pallier les manquements ainsi constatés, la recourante produit devant le tribunal de céans une attestation signée par la dénommée B. \_\_\_\_\_, laquelle indique avoir assisté - bénévolement - la recourante « dans le processus d'obtention des RHT de ses employés ». Cette dernière ajoute pouvoir « attester que les relevés des heures des ouvriers ont été retranscrits sur la base des tableaux manuscrits du chef de l'atelier [...] » et qu'« ils ont été copiés sur un tableau Excell [sic] les 21 et 22 juin 2021, ceci uniquement dans le but d'une lecture plus aisée et correspondent dans leur intégralité au document manuscrit », non sans préciser que « [m]alheureusement les originaux n'ont pas été gardés ». Elle conclut en précisant encore que « [p]our ce qui est de la 'réouverture' des documents, c'était uniquement dans le but d'y ajouter des couleurs une nouvelle fois pour une meilleure compréhension de ceux-ci ». N'en déplaise à la recourante, une telle attestation ne lui est d'aucun secours. La jurisprudence retient en effet que l'absence de documents de contrôle satisfaisant aux exigences légales et jurisprudentielles ne saurait être guérie au moyen de témoignages ultérieurs des travailleurs concernés par la réduction de l'horaire de travail ou d'autres personnes (cf. arrêt du TF 8C\_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 4.2.2 ; arrêt du TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 6.2 et les réf. cit.).

### **E. 3.2.3**

La recourante ne peut rien tirer non plus du fait que, durant la période concernée, son chiffre d'affaires aurait subi une baisse importante. La jurisprudence retient en effet que la baisse du chiffre d'affaires ne permet pas de déterminer l'ampleur, à l'heure près, de la réduction de l'horaire de travail, étant en tout état rappelé que les indemnités RHT n'ont pas pour

vocation d'assurer la pérennité de l'entreprise ou de couvrir des baisses du chiffre d'affaires ou des pertes d'exploitation (cf. ATF 147 V 359 consid. 4.6.4 ; arrêt 8C\_699/2022 consid. 5.2.4).

### **E. 3.3**

En conclusion, l'autorité inférieure n'a aucunement violé les art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b OACI en retenant, sur la base des éléments produits par la recourante, que le système mis en place par cette dernière ne permettait pas de contrôler le bien-fondé des indemnités RHT perçues.

### **E. 4**

En dépit du constat qui précède, la recourante estime en tout état de cause devoir être protégée dans sa bonne foi. En effet, et à bien la suivre, les informations dont elle disposait au moment où elle a sollicité et obtenu les indemnités RHT litigieuses ne lui auraient pas permis d'anticiper la rigueur des règles et principes applicables au contrôle des heures perdues. En d'autres termes, les éléments figurant respectivement sur le site [www.travail.swiss](http://www.travail.swiss) et dans le document « Info-Service RHT », édicté par l'autorité inférieure, ne suffiraient pas à remplir l'obligation de renseigner incombant à l'autorité.

#### **E. 4.1.1**

À teneur de l'art. 27 al. 1 LPGA, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus, dans les limites de leur domaine de compétence, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations. Cependant, en vertu d'un principe général, valable également dans le droit des assurances sociales, nul ne peut tirer avantage de sa propre méconnaissance du droit et il appartient à chaque employeur qui souhaite demander l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail de s'informer sur les prescriptions légales et de se renseigner en cas de doute auprès des autorités compétentes (cf. arrêt du TF 8C\_681/2021 du 23 février 2022 consid. 3.6 et les réf. cit. ; arrêt B-4559/2021 consid. 9.6.4 et les réf. cit.).

#### **E. 4.1.2**

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que la brochure de l'autorité inférieure « Info-Service, Information aux employeurs, Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail » satisfait 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 ; arrêt B-4559/2021 consid. 9.4 et les réf. cit.). En l'espèce, les décisions cantonales d'octroi d'indemnités RHT en faveur de la recourante renvoient expressément à la brochure « Info-Service indemnité en cas de RHT » et au site internet « travail.swiss (menu employeurs) » contenant l'ensemble des formulaires et informations relatifs aux demandes d'indemnités RHT (cf. les décisions des 7 avril et 1er octobre 2020, ainsi que des 15 janvier et 29 mars 2021 produites sous pièce 1 par l'autorité inférieure à l'appui de sa réponse du 25 octobre 2022). Quant au formulaire « Préavis de réduction de l'horaire de travail », il renvoie également en toutes lettres à ladite brochure avec la mention suivante : « Avant de remplir, prière de lire l'Info-Service 'Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail' » (cf. le formulaire signé le 17 mars 2020 par la recourante produit sous pièce 1 par l'autorité inférieure à l'appui de sa réponse du 25 octobre 2022). Il ne saurait partant être reproché à l'autorité inférieure d'avoir méconnu son obligation de renseigner au sens de l'art. 27 LPGA.

### **E. 4.2**

Force est ainsi de retenir que la recourante ne pouvait ignorer qu'elle avait l'obligation d'instaurer un système de contrôle du temps de travail propre à établir à l'heure près la perte de travail. Elle ne peut dès lors exciper de sa bonne foi et ne saurait tirer avantage de sa méconnaissance du droit.

## **E. 5**

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent 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 totale des indemnités perçues pour la période du 1er mai 2020 au 31 mai 2021. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

### **E. 6.1**

Les frais de la cause, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont 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 3'500 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.

### **E. 6.2**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF). En l'espèce, compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario). Bien qu'ayant obtenu gain de cause et étant représentée par un avocat, l'autorité inférieure, qui est une autorité fédérale (art. 45a al. 1 en lien avec l'art. 2 al. 1 et 2 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA ; RS 172.010]), n'a pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

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