

# **BVGer B-4559/2021 vom 20. Oktober 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-10-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4559\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4559_2021)

FR: TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022

IT: TAF B-4559/2021 del 20 ottobre 2022

## **Regeste**

Assurance-chômage

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF ; cf. art. 2 al. 4 PA). C'est ainsi la PA qui est en principe applicable à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral.

### **E. 1.2**

L'art. 3 let. dbis PA prévoit toutefois que la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. Par ailleurs, selon l'art. 1 al. 1 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), les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA.

### **E. 1.3**

Dans le cadre d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral dans le domaine des indemnités en cas de RHT (art. 31-41 LACI [cf. consid. 2.2.1]), la procédure est dès lors soumise à la PA, sous réserve de dispositions dérogatoires de la LTAF, de la LPGA ou de la LACI (cf. ATAF 2007/27 consid. 2.1 ; arrêts du TAF B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 1.2, B-551/2021 du 29 décembre 2021 consid. 1.1, B-4950/2019 du 1er septembre 2021 consid. 1.2 et C-1479/2018 du 23 mars 2021 consid. 1.1).

### **E. 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).

#### **E. 2.2.1**

Les art. 31-41 LACI sont consacrés à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

#### **E. 2.2.2**

Selon l'art. 31 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 au sens de l'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). L'art. 32 al. 1 LACI prévoit que 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. 2.3.1**

Les prestations indûment touchées doivent être restituées (art. 25 al. 1 in limine LPGA ; cf. art. 95 al. 1 LACI) si les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (cf. art. 53 al. 2 LPGA ; ATF 126 V 23 consid. 4b, ATF 122 V 367 consid. 3 ; arrêt du TF C 115/06 du 4 septembre 2006 consid. 1.2 ; arrêts du TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 3.4 in fine et B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 2.4 in fine).

### **E. 2.3.2**

L'organe de compensation - qui "est administré par le SECO" (art. 83 al. 3 LACI) - 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 contrôles 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). La caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort (art. 95 al. 2 in limine LACI ; cf. ATAF 2021 V/2 consid. 6.1).

### **E. 2.3.3**

L'organe de compensation de l'assurance-chômage 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 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]). L'organe de compensation 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).

## **E. 3**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et avec une pleine cognition sa compétence (art. 7 al. 1 PA) et les autres conditions de recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

### **E. 4.1.1**

Une procédure de recours ne peut porter que sur l'objet de la contestation (Anfechtungsgegenstand), c'est-à-dire ce sur quoi porte déjà la procédure devant l'instance inférieure ou ce sur quoi elle devrait porter selon une interprétation correcte de la loi. Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne se prononce pas et sur lesquels elle n'est pas non

plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure, sous peine d'outrepasser ses compétences fonctionnelles (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 ; arrêts du TAF B-4380/2016 du 13 août 2018 consid. 1.2.1.1 et B-7169/2015 du 20 décembre 2017 consid. 5.1). C'est le recourant qui, par le biais des conclusions de son recours, est appelé à définir l'objet du litige (Streitgegenstand), les points non contestés de la décision attaquée acquérant force exécutoire formelle. Le recourant peut réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation. Il ne peut en revanche en principe pas - sous peine d'irrecevabilité - l'élargir ou le modifier, car la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure en serait violée (cf. ATF 142 I 155 consid. 4.4.2, ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 in fine ; arrêts du TAF B-4380/2016 du 13 août 2018 consid. 1.2.1.2 et B-7169/2015 du 20 décembre 2017 consid. 5.2.1).

#### **E. 4.1.2**

Si l'art. 25 al. 1 LPGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées (cf. consid. 2.3.1), il ajoute que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Sauf s'il est manifeste que ces deux dernières conditions sont réunies et qu'elle est dès lors accordée d'office (cf. art. 3 al. 3 de l'Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA, RS 830.11]), la remise de l'obligation de restituer doit faire l'objet d'une demande, qu'il convient de déposer, au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution, auprès de la caisse de chômage qui a versé les prestations indues, le SECO n'étant pas compétent en la matière (cf. art. 4 OPGA ; cf. également : art. 95 al. 3 LACI ; art. 119 al. 3 OACI ; arrêts du TF 8C\_294/2018 du 28 juin 2018 consid. 4.1, C 101/05 du 26 juin 2006 consid. 2.1 et C 264/05 du 25 janvier 2006 consid. 2.1 ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 7.1 et B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 6.1).

#### **E. 4.1.3**

En l'espèce, la décision attaquée porte exclusivement sur l'obligation de restituer des prestations indûment touchées (cf. consid. A.c). Rien n'indique qu'elle aurait dû traiter la question de la remise de l'obligation de restituer, en particulier en raison d'un cas d'application manifeste de l'art. 25 al. 1 in fine LPGA au sens de l'art. 3 al. 3 OPGA (cf. consid. 4.1.2). Du fait que la question de la remise de l'obligation de restituer n'appartient pas à l'objet de la contestation, elle ne peut pas non plus entrer dans l'objet du litige. Est par conséquent irrecevable la conclusion 7 du recours, par laquelle la recourante demande au Tribunal administratif fédéral d'"[o]rdonner [à l'autorité inférieure] de renoncer à demander le remboursement des CHF 18'434.23 en raison de la bonne foi de [la recourante]" (cf. consid. B).

#### **E. 4.2**

Pour le reste, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, art. 32 et art. 33 let. d LTAF ; art. 5 al. 2 PA ; art. 101 LACI).

#### **E. 5**

Il convient encore d'examiner les autres conditions de recevabilité des conclusions 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 du recours.

#### **E. 5.1.1**

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA ; art. 59 LPGGA).

#### **E. 5.1.2**

Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 50 al. 1 PA ; art. 60 LPGGA), au contenu et à la forme du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA) et à l'avance de frais (art. 63 al. 4 PA) sont par ailleurs respectées.

#### **E. 5.2**

Les conclusions 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 du recours sont ainsi recevables. La conclusion 7 du recours est quant à elle irrecevable (cf. consid. 4.1.3).

#### **E. 6.1**

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son devoir de motiver la décision attaquée. Elle considère en effet que la motivation de la décision attaquée est incompréhensible (recours, p. 36-39 ; réplique, p. 4 ; observations de la recourante du 7 juillet 2022, p. 2 in fine).

#### **E. 6.2**

La jurisprudence déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse apprécier la portée du prononcé et le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. Ce devoir de motivation tend aussi à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence et contribue à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas. Néanmoins, il suffit, en règle générale, que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (cf. ATF 143 III 65 consid. 5.2, ATF 134 I 83 consid. 4.1, ATF 133 I 270 consid. 3.1, ATF 126 I 97 consid. 2b et ATF 112 Ia 107 consid. 2b).

#### **E. 6.3.1.1**

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure retient notamment que la recourante n'a pas mis en place de système fiable de contrôle du temps de travail. Elle donne de nombreuses explications à ce sujet, en particulier en réponse aux arguments développés par la recourante dans son opposition (cf. décision attaquée, p. 3-7). L'autorité inférieure indique en particulier que "[l]e caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité" (décision attaquée, p. 6) et conclut de la manière suivante : "Il subsiste l'impossibilité d'établir et de vérifier les heures travaillées (y compris les heures supplémentaires) et les heures chômées, ce qui rend de fait la perte de travail incontrôlable" (décision attaquée, p. 7 in fine). Il est vrai que la décision attaquée présente certaines faiblesses au niveau de sa structure (cf. recours, p. 37). Force est toutefois d'admettre que l'autorité inférieure développe les points nécessaires à la compréhension de la décision attaquée, de sorte que la recourante est en mesure tant de discerner pour quels motifs elle a été rendue que de déterminer valablement de quelle manière la contester (cf. réponse, p. 5 [in limine et in fine] ; duplique, p. 3).

#### **E. 6.3.1.2**

La recourante peine à convaincre lorsqu'elle affirme qu'elle ne comprend pas quelles bases légales sont appliquées par l'autorité inférieure (cf. recours, p. 37). La décision attaquée

mentionne en effet notamment l'art. 31 LACI et l'art. 46b OACI (décision attaquée, p. 4), qui sont les dispositions essentielles en l'espèce (cf. consid. 7.1). Les règles relatives à l'obligation de restituer des prestations (cf. consid. 2.3.1-2.3.3) figurent quant à elles dans la décision sur révision (pièce 4 jointe à la réponse, p. 1), qu'il convient de lire conjointement avec la décision attaquée.

### **E. 6.3.1.3**

Enfin, la recourante reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir traité les questions "du respect ou non du principe de proportionnalité", "de la bonne foi de [la recourante]" et "de la situation économique compliquée liée au COVID-19 pour la branche des agences de voyage" (recours, p. 39). D'une manière générale, l'autorité n'a pas l'obligation de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.2). En l'espèce, il faut tout d'abord relever que l'autorité inférieure n'est pas complètement muette au sujet des trois questions concernées. Elle se prononce notamment à propos du rôle de la pandémie de COVID-19 sur le secteur du voyage (cf. décision attaquée, p. 2 et 4 in fine). Mais il s'agit surtout de souligner que, dans l'opposition de la recourante (cf. pièce 5 jointe à la réponse, p. 27-29), ces trois questions ne font pas l'objet de réels approfondissements. Dans son recours (p. 39), la recourante ne se réfère d'ailleurs qu'à un seul passage de son opposition, dans lequel elle se limite à mentionner l'art. 5 al. 2 Cst. et à reproduire un extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral relatif au principe de la proportionnalité (cf. pièce 5 jointe à la réponse, p. 27 in fine). Dans ces conditions, que ce soit sous l'angle du droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst.) ou de l'interdiction du déni de justice formel (cf. art. 29 al. 1 Cst.), il ne pouvait être attendu de l'autorité inférieure qu'elle traite ces trois questions, ce d'autant que la motivation qu'elle fournit est suffisante pour permettre à la recourante de comprendre la décision attaquée (cf. consid. 6.3.1.1). A l'inverse, rien n'empêchait l'autorité inférieure d'examiner des questions qui pouvaient rester ouvertes (cf. recours, p. 37).

### **E. 6.3.2**

En conclusion, aucune violation du devoir de motiver la décision attaquée ne peut être reprochée à l'autorité inférieure. Autre est bien entendu la question de savoir si la motivation de la décision attaquée résiste à la critique (consid. 7-12).

### **E. 7.1**

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 OACI ("Perte de travail contrôlable [art. 31, al. 3, let. a, LACI]") 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. 7.2.1**

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 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\_26/2015 du

5 janvier 2016 consid. 2.3 in fine et C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1). L'entreprise doit ainsi 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. arrêt du TF 8C\_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3 ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.2 et B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 3.1).

#### **E. 7.2.2**

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 ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1 et B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.3). 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). Les heures travaillées ne doivent ainsi pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (cf. arrêt du TF C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1).

#### **E. 7.2.3**

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 du 12 juin 2001 consid. 1). Un total des heures perdues à la fin du mois ne permet pas de rendre suffisamment contrôlable la perte de travail (cf. Murer/ Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4e éd. 2013, p. 205). Le fait de contrôler les présences et les absences n'est pas non plus suffisant (cf. arrêt du TAF B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 4.1), ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise (cf. arrêt du TF 8C\_652/2012 du 6 décembre 2012 consid. 4 ; arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1 et B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.3-4.3.3).

#### **E. 7.2.4**

Les heures travaillées doivent ainsi être relevées - que ce soit sur papier, mécaniquement ou électroniquement - au moins quotidiennement par l'employé lui-même ou par son supérieur, ces relevés ne devant pas pouvoir être modifiables ultérieurement sans que la modification ne soit mentionnée dans le système (cf. ATAF 2021 V/2 consid. 3.5.1 et 4.9 ; arrêt du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1 in fine).

#### **E. 7.3.1**

Afin de tenir compte des difficultés causées par la pandémie de COVID-19, l'Ordonnance 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 ; cf. également : décision attaquée, p. 4 ; duplique, p. 4).

### **E. 7.3.2**

La recourante ne le conteste pas.

### **E. 8**

La recourante expose que ses employés ont un horaire de travail fixe, c'est-à-dire de 9h00 à 12h00 et de 13h00 à 18h00. Elle ajoute qu'elle tient à jour un planning des vacances et des absences de chacun de ses collaborateurs (recours, p. 8). Elle indique enfin que, depuis le 18 mars 2020, elle établit un plan précis (pièce 7 jointe à la réponse) prévoyant, pour chaque jour, le nombre d'heures à effectuer par chacun de ses collaborateurs (recours, p. 10). La recourante soutient que, dans ces conditions, elle assure un contrôle du temps de travail conforme à ce qu'exige l'art. 46b al. 1 OACI (recours, p. 41-42).

### **E. 9.1**

Le plan de la recourante relatif à la réduction du temps de travail (pièce 7 jointe à la réponse) prévoit, de manière globale pour chaque semaine, le pourcentage du temps de travail habituel (20 % dès le 18 mars 2020 [semaine 12], puis 10 % dès le 1er avril 2020 [semaine 15]) que chacun des collaborateurs est appelé à respecter. La recourante n'instaure toutefois aucun contrôle des heures effectivement effectuées par les employés (cf. réponse, p. 6). Une telle manière de faire ne respecte dès lors pas la jurisprudence relative à l'art. 46b al. 1 OACI, qui exige en particulier que les heures travaillées soient relevées au moins quotidiennement par l'employé lui-même ou par son supérieur (cf. consid. 7.2.4 ; cf. également : arrêt du TAF B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.2).

#### **E. 9.2.1**

Le rapport du 8 mars 2021 (pièce 6 annexée à la pièce 5 jointe à la réponse ; cf. également : recours, p. 21-30), que la recourante a elle-même fait établir par une fiduciaire, relève d'ailleurs qu'"il est certain que [la recourante] ne dispose pas d'un pointage d'heures et que par conséquent il est difficile de définir avec exactitude le nombre d'heures faites par les employés chaque jour" (cf. recours, p. 26).

#### **E. 9.2.2**

Quant au rapport intitulé "Documents vérifiés", rédigé par l'autorité inférieure lors de son contrôle des 15 et 16 décembre 2020 (cf. consid. A.a.a) et signé par la recourante, il indique notamment qu'"il n'existe pas de contrôle du temps de travail fiable et précis" (pièce 3 jointe à la réponse, p. 2). La recourante ne saurait tirer quoi que ce soit du fait que, vu que les inspecteurs étaient tenus par un horaire de bus, elle a timbré et signé le rapport sous la pression et qu'elle n'a eu le temps ni de le relire ni de le compléter avec ses explications (cf. recours, p. 20). La recourante était en effet libre de refuser de signer ce rapport, notamment si elle estimait qu'il ne reflétait pas la réalité (cf. arrêts du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 5, B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 4.2, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.4 et B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.2.2.7).

### **E. 9.3**

Contrairement à ce que semble croire la recourante (cf. recours, p. 43-44 ; réplique, p. 3 in fine), l'autorité inférieure ne lui reproche pas un manque ou un refus de collaboration. N'a en effet aucune conséquence particulière le fait que la recourante ne fournisse pas ses listes

d'appels téléphoniques (ou d'autres documents [cf. réponse, p. 3]), notamment parce qu'elle considère (probablement à juste titre, d'ailleurs) qu'elles ne permettent pas de contribuer au contrôle des heures (cf. recours, p. 9, 26-27 et 43-44). Seul est sanctionné par la décision attaquée le fait que la recourante ne parvienne pas - d'une manière ou d'une autre - à établir précisément le nombre d'heures perdues. Si l'autorité inférieure s'est intéressée à ces listes d'appels téléphoniques, c'est uniquement en vue de tenter de permettre à la recourante d'apporter la preuve des heures perdues malgré le fait qu'elle n'ait pas mis sur pied de système de contrôle (cf. réponse, p. 7 ; duplique, p. 3 ; cf. également : réplique, p. 5 ; observations de la recourante du 7 juillet 2022, p. 2 ; rapport intitulé "Documents vérifiés" [pièce 3 jointe à la réponse], p. 2). Dans ces conditions, peu importe que la recourante se prévale en particulier de son obligation de respecter la sphère privée de ses collaborateurs pour justifier son refus de fournir certains documents (cf. recours, p. 20-21 et 44 ; réplique, p. 5).

#### **E. 9.4**

La recourante conteste la décision attaquée en soutenant notamment qu'elle repose pour l'essentiel sur l'appréciation de l'autorité inférieure. Elle se réfère à cet effet à la brochure "Info-Service" de l'autorité inférieure (recours, p. 41). Or, cette brochure "Info-Service" elle-même, qui 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 du TAF B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 4.2-4.3), prévoit le devoir d'instaurer un système de contrôle du temps de travail expressément destiné à "rendre compte quotidiennement des heures de travail fournies" (cf. recours, p. 41 ; cf. également : SECO, Info-Service, Assurance-chômage [AC], Information aux employeurs, L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, édition 2022, [https://www.arbeit.swiss/dam/seco\\_alv/fr/dokumentation/publikationen/broschue\\_ren\\_arbeit\\_geber/SECO\\_716\\_400\\_D\\_2016\\_WEB.pdf](https://www.arbeit.swiss/dam/seco_alv/fr/dokumentation/publikationen/broschue_ren_arbeit_geber/SECO_716_400_D_2016_WEB.pdf), ch. 7 [le texte du ch. 7 qui figure dans cette édition 2022 est identique à celui qui est cité dans le recours]). Force est dès lors de constater que la brochure "Info-Service" ainsi que la législation et la jurisprudence en matière de contrôle du temps de travail (que la brochure "Info-Service" se limite à reprendre) ne laissent guère de place au pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure.

#### **E. 9.5**

Peu importe que certains collaborateurs de la recourante aient travaillé moins que les 20 % (puis 10 %) du taux d'activité habituel prévus par le plan de la recourante (cf. consid. 9.1). Peu importe également que le fait que ces employés aient travaillé moins que ce qui était prévu ne porte pas préjudice à l'Etat, mais soit au détriment de la recourante (cf. recours, p. 4, 10, 26, 30 et 42 ; réplique, p. 5). En effet, rien ne permet d'établir que des collaborateurs ont effectivement travaillé moins que ce qui était attendu d'eux. A l'inverse, il n'est pas possible d'être certain que le temps de travail planifié par la recourante n'a jamais été dépassé (cf. arrêts du TAF B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 5.6.2 et B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.2.2.1). Le fait que la recourante indique que, de manière générale, ses employés n'effectuent pas d'heures supplémentaires (cf. décision attaquée, p. 3 ; recours, p. 8 et 41 in fine ; réplique, p. 5 et 6 in fine) n'y change d'ailleurs rien (cf. arrêt du TAF B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.2.2.2).

#### **E. 9.6.1**

La recourante fait valoir son sérieux, se présente - notamment sur la base de contrôles en matière d'AVS - comme digne de confiance (réplique, p. 1-2 ; cf. également : réplique, p. 3 et 6-7 ; observations de la recourante du 7 juillet 2022, p. 1-2), affirme que c'est en toute bonne foi qu'elle a déposé ses demandes de RHT et relève son professionnalisme envers ses clients ainsi que sa volonté d'assurer la survie de son entreprise et le maintien des emplois de ses collaborateurs (recours, p. 46). La recourante reconnaît en outre des erreurs qui ont conduit à ce qu'elle reçoive indûment des indemnités en cas de RHT à hauteur de Fr. 18'434.23 (recours, p. 30-33 ; réplique, p. 3 et 6). Ce faisant, la recourante n'apporte toutefois aucun élément propre à établir qu'elle effectuait un contrôle des heures de travail conforme à ce qu'exige la jurisprudence, qui ne prévoit d'ailleurs clairement pas la prise en compte d'éléments se rapportant à la bonne foi (cf. duplique, p. 2 et 4).

#### **E. 9.6.2**

Il s'agit de rappeler ici que ce n'est que dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer que l'art. 25 al. 1 in fine LPGA permet à l'intéressé de se prévaloir de sa bonne foi. Or, une telle demande ne peut pas être déposée avant l'entrée en force de la décision de restitution (cf. consid. 4.1.2 ; cf. également : décision attaquée, p. 8 in fine). En l'espèce, vu que la question de la remise de l'obligation de restituer ne fait pas partie de l'objet du litige (cf. consid. 4.1.3), la recourante ne saurait tirer quoi que ce soit de l'art. 25 al. 1 in fine LPGA (cf. recours, p. 46 ; réplique, p. 7).

#### **E. 9.6.3**

Force est de constater que la recourante ne se prévaut pas d'assurances qui lui auraient été données par l'autorité inférieure et qui lui permettraient d'invoquer la protection de la bonne foi au sens de l'art. 9 in fine Cst. (cf. réponse, p. 8). Par ailleurs, la recourante ne conteste pas avoir été informée de la nécessité d'instaurer un système de contrôle fiable du temps de travail (cf. décision attaquée, p. 4).

#### **E. 9.6.4**

Enfin, vu la jurisprudence (cf. arrêts du TAF B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 7 et B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 4.3.1 in limine), la recourante ne saurait tirer avantage de sa méconnaissance du droit (cf. recours, p. 46 ; réplique, p. 6).

#### **E. 9.7.1**

La recourante affirme que le taux d'activité de ses employés a subi des diminutions considérables (recours, p. 10 et 30 ; réplique, p. 5 in fine). Or, même s'il devait être retenu qu'il est notoire que la pandémie de COVID-19 a conduit à une baisse importante du nombre d'heures de travail des employés actifs dans le secteur du voyage (cf. consid. 9.8.3.4), rien ne permettrait en l'espèce de déterminer avec précision l'ampleur de cette baisse. Seules des estimations ou des approximations seraient envisageables, c'est-à-dire des procédés qui ne seraient guère compatibles avec les exigences strictes posées par la réglementation en vigueur (cf. consid. 7.2.4).

#### **E. 9.7.2**

La recourante ne peut rien tirer non plus du fait que, durant la période concernée par la RHT, son chiffre d'affaires a subi une baisse considérable (recours, p. 10, 25-26, 30 et 33 ; cf. réplique, p. 5 in fine ; cf. également : pièce 5 annexée à la pièce 5 jointe à la réponse). Le chiffre d'affaires n'est en effet pas directement lié au nombre d'heures de travail. Preuve en est notamment le fait que, s'ils conduisent à une diminution du chiffre d'affaires, les

remboursements de voyages à des clients causent nécessairement du travail et, éventuellement, un surplus de travail (cf. recours, p. 33). Le chiffre d'affaires ne permet dès lors pas de contribuer à déterminer l'ampleur, à l'heure près (cf. consid. 7.2.1), de la réduction de l'horaire de travail. Les indemnités en cas de RHT ont d'ailleurs pour but de compenser des heures perdues et non pas, par exemple, de limiter une perte de chiffre d'affaires ou le risque pris par une entreprise (cf. ATF 147 V 359 consid. 4.6.3 ; ATAF 2021 V/2 consid. 4.5, 5.4-5.6 et 5.7.4 ; arrêt du TAF B-5863/2020 du 1er mars 2022 consid. 4.4).

#### **E. 9.8.1**

Afin de contester la demande de remboursement d'indemnités en cas de RHT, la recourante se prévaut enfin du principe de la proportionnalité (cf. recours, p. 44-45 ; réplique, p. 4, 6-7 et 8).

#### **E. 9.8.2**

L'art. 31 al. 3 let. a LACI, qui fonde l'obligation de contrôler le temps de travail (cf. consid. 7.1), bénéficie de l'immunité des lois fédérales prévue par l'art. 190 Cst. Il ne laisse en outre guère de place au pouvoir d'appréciation (cf. consid. 9.4). Le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) est dès lors appelé à ne jouer qu'un rôle très restreint dans la mise en oeuvre de l'art. 31 al. 3 let. a LACI (cf. Tschannen/ Müller/ Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd. 2022, no 471 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, no 558 ; Dubey/ Zufferey, Droit administratif général, 2014, nos 621-622).

#### **E. 9.8.3.1**

La recourante ne peut en particulier pas être suivie lorsqu'elle tente de justifier l'absence de système de contrôle par le fait "qu'une quantification plus précise du temps de travail aurait abouti à une perte d'activité encore plus importante, de sorte qu'elle aurait demandé encore davantage d'indemnité RHT (heures perdues proches de 100 %)" (recours, p. 42). La jurisprudence n'exige en effet pas la mise en place d'un système de contrôle complexe. Elle se contente par exemple de relevés manuscrits de l'employé lui-même, pour autant qu'ils soient quotidiens et ne puissent pas être modifiés par la suite (cf. consid. 7.2.4). Il ne saurait dès lors être retenu qu'une telle contrainte a une réelle influence sur le temps de travail ou qu'elle est disproportionnée (cf. arrêt du TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 5.3.2).

#### **E. 9.8.3.2**

Le système mis en place sur la base de l'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit que la réduction de l'horaire de travail doit pouvoir être déterminée. Il doit être possible d'établir précisément, pour chaque jour et pour chaque employé, quelle durée de travail a effectivement été fournie. Seules les heures de travail dont la perte est suffisamment contrôlable donnent ainsi droit à des indemnités en cas de RHT. Dans un tel système, l'absence de tout contrôle a pour conséquence le fait qu'aucune des heures de travail perdues ne peut donner droit à des indemnités en cas de RHT (cf. réponse, p. 7-8 ; cf. également : consid. 7.2.1 ci-dessus). Le principe de la proportionnalité ne saurait dès lors par exemple permettre à la recourante de se fonder uniquement sur des estimations du temps de travail effectif pour justifier le fait qu'elle ne rembourse qu'une partie seulement des prestations perçues (cf. consid. 9.7.1).

#### **E. 9.8.3.3**

Le principe de la proportionnalité ne permet pas non plus de tenir compte de circonstances dont la prise en considération n'est pas prévue par la réglementation, telles l'absence

d'avertissement préalable adressé à la recourante (cf. réplique, p. 6), la reconnaissance par la recourante d'une partie de son obligation de restituer (recours, p. 45 ; réplique, p. 6) ou la bonne foi de la recourante (cf. réplique, p. 6-7 ; cf. également : consid. 9.6.1-9.6.3 ci-dessus).

#### **E. 9.8.3.4**

Dans la mise en oeuvre de l'art. 31 al. 3 let. a LACI, le principe de la proportionnalité (de même, d'ailleurs, que le principe de l'interdiction du formalisme excessif) permet de prendre en considération des circonstances exceptionnelles qui justifient une absence de contrôle du temps de travail (cf. consid. 7.2.2). Entrent essentiellement en ligne de compte des raisons qui rendent le travail objectivement impossible, tel qu'un fort danger d'avalanche menaçant les locaux d'une entreprise (cf. arrêt du TF C 59/01 du 5 novembre 2001 consid. 2a-2b ; arrêt du TAF B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 5.6.3 ; cf. également : ATAF 2021 V/2 consid. 4.9). Il ne fait aucun doute que la période durant laquelle la recourante a perçu des indemnités en cas de RHT était particulièrement difficile pour le secteur du voyage (cf. recours, p. 33 ; réplique, p. 5 in fine et 6). La recourante ne fournit toutefois aucun élément qui contribuerait à justifier le fait qu'elle n'a pas mis sur pied de système de contrôle adéquat ou qui établirait qu'un tel système était superflu. Sous l'angle du contrôle du temps de travail, la période de la pandémie de COVID-19 ne se distingue pas fondamentalement d'une période donnant droit à l'indemnité en cas de RHT causée par d'autres raisons. Rien n'indique en tout cas que la pandémie de COVID-19 soit à l'origine de problèmes particuliers en lien avec le contrôle du temps de travail (cf. duplique, p. 4 in limine).

#### **E. 9.8.4**

C'est ainsi à tort que la recourante soutient que la décision attaquée est une mesure excessive, inutile, injuste et, par conséquent, disproportionnée (cf. réplique, p. 7). La recourante ne peut en effet rien tirer en sa faveur du principe de la proportionnalité (cf. réponse, p. 7-8 ; duplique, p. 4). Le principe de l'interdiction du formalisme excessif ne lui serait d'ailleurs pas d'un plus grand secours (cf. arrêt du TAF B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 6-6.2).

#### **E. 10.1**

L'art. 33 al. 1 PA prévoit que l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits.

##### **E. 10.2.1.1**

En demandant l'audition de son administrateur, C.\_\_\_\_\_, la recourante souhaite "éclairer le Tribunal administratif fédéral sur son fonctionnement en général, puis sur son fonctionnement pendant la période 'COVID-19', ce qui peut se faire de manière plus rationnelle que par de longues écritures" (recours, p. 35-36 ; cf. réplique, p. 7-8 ; observations de la recourante du 7 juillet 2022, p. 3).

##### **E. 10.2.1.2**

La recourante ne propose toutefois que des renseignements très généraux. Par ailleurs, même si elle offrait des informations précises relatives au contrôle du temps de travail, le Tribunal administratif fédéral ne pourrait en tenir compte. En effet, l'absence de documents propres à déterminer l'horaire de travail ne saurait être compensée par des renseignements donnés ultérieurement par les travailleurs concernés ou par d'autres personnes, dans la mesure où il est improbable que ces personnes puissent donner, de mémoire, une

information détaillée sur les horaires de travail en question (cf. arrêts du TF 8C\_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 4.2.2 et C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 7.2 et B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 5.3). Enfin, dans la mesure où elle est destinée à confirmer la bonne foi de la requérante (cf. réplique, p. 7), l'audition de C.\_\_\_\_\_ ne porte pas sur des faits pertinents (cf. consid. 9.6.1-9.6.3 et 9.8.3.3).

### **E. 10.2.1.3**

La demande d'audition de C.\_\_\_\_\_ doit dès lors être rejetée (cf. duplique, p. 4-5).

### **E. 10.2.2**

Quant à la conclusion 3 du recours, par laquelle la requérante demande l'audition d'"un représentant du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR)" (cf. consid. B), elle doit également être rejetée. La requérante n'indique en effet nullement en quoi une telle audition serait propre à élucider les faits et rien ne laisse penser que tel pourrait être le cas.

### **E. 11.1**

Doit enfin être rejetée la conclusion 1 du recours, par laquelle la requérante demande la convocation d'une audience (cf. consid. B). La requérante n'apporte en effet aucun élément qui permettrait de justifier la tenue d'une audience en dépit du rejet des demandes d'audition qu'elle formule (cf. consid. 10.2.1.3 et 10.2.2).

### **E. 11.2**

En l'absence de toute indication en ce sens, la conclusion 1 du recours ne saurait d'ailleurs être considérée comme une demande de débats publics au sens de l'art. 6 par. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et/ou de l'art. 40 LTAF (cf. arrêts du TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 7.2-7.3 et B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 13.1.2.3). La requérante lie en effet la convocation d'une audience à l'audition de C.\_\_\_\_\_ (recours, p. 36). Elle qualifie en outre l'audience de mesure d'instruction (cf. consid. B). Enfin, si elle fait appel au terme "débats" (recours, p. 36), la requérante se réfère clairement à l'art. 57 al. 2 in fine PA, qui porte avant tout sur une mesure d'instruction (cf. arrêt du TAF B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 13.1.2.2).

### **E. 12.1.1**

Vu l'ensemble de ce qui précède, il convient de retenir que la requérante n'a pas effectué de contrôle du temps de travail conforme à ce qu'exigent l'art. 31 al. 3 let. a LACI et l'art. 46b OACI (cf. réponse, p. 6 in fine). Il ne se justifie dès lors pas d'annuler la décision attaquée. C'est en effet l'ensemble des indemnités en cas de RHT perçues pour les mois de mars 2020 à août 2020 dont le remboursement doit être demandé à la requérante, c'est-à-dire un montant total de Fr. 388'202.25 (cf. consid. A.a.b et A.c), et non pas seulement la partie de cette somme que la requérante reconnaît avoir perçue à tort (cf. recours, p. 30-33 ; cf. également : consid. 9.6.1 ci-dessus).

### **E. 12.1.2**

Le simple fait que la requérante ne procède à un contrôle du temps de travail pour aucun de ses employés suffit à lui demander le remboursement des indemnités en cas de RHT qu'elle a perçues. Peuvent ainsi rester ouvertes, notamment, la question de la détermination des

jours de vacances des employés (recours, p. 4, 10-18 et 42 ; réplique, p. 5 et 6 in fine) et la question du montant du salaire à prendre en compte pour certains employés (recours, p. 43 ; réplique, p. 5 ; cf. réponse, p. 2 et 7 ; duplique, p. 2-3). De telles questions ne seraient en effet pertinentes que si la recourante pouvait établir de manière précise le nombre d'heures de travail effectuées par ses employés (cf. ATAF 2021 V/2 consid. 3.6 ; arrêts du TAF B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4 et B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 9).

### **E. 12.1.3**

Le recours doit dès lors être rejeté, dans la mesure où il est recevable (cf. consid. 5.2).

### **E. 12.2**

Il ne reste qu'à statuer sur les frais (consid. 13) et les dépens (consid. 14) de la présente procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral.

### **E. 13.1**

En règle générale, les frais de procédure - comprenant l'émolument judiciaire (cf. art. 63 al. 4bis PA ; art. 2-4 du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]) et les débours - sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 in limine PA ; art. 1 al. 1 FITAF).

### **E. 13.2.1**

En l'espèce, il se justifie d'arrêter à Fr. 8'000.- le montant des frais de la procédure de recours.

### **E. 13.2.2.1**

Vu le sort du recours (cf. consid. 12.1.3), il convient de mettre cette somme à la charge de la recourante, qui succombe (cf. art. 63 al. 1 in limine PA ; arrêt du TAF B-5863/2020 du 1er mars 2022 consid. 6).

### **E. 13.2.2.2**

Ces frais de procédure sont compensés par l'avance de frais de Fr. 8'000.- versée par la recourante le 8 décembre 2021.

### **E. 14.1**

Vu qu'elle succombe (cf. consid. 13.2.2.1), la recourante n'a pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA ; art. 7 al. 1 FITAF).

### **E. 14.2**

Quant à l'autorité inférieure, elle n'a pas non plus droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

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