

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

8C 699/2022

Arrêt du 15 juin 2023

IVe Cour de droit public

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Wirthlin, Président,
Heine et Abrecht.
Greffier : M. Ourny.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par M e Christian Lüscher, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Marché du travail et assurance-chômage, Holzikofenweg 36, 3003
Berne,
intimé.

Objet

Assurance-chômage (indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail; restitution),

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 20 octobre 2022 (B-4559/2021).

Faits :

A.

Les 15 et 16 décembre 2020, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a effectué auprès de A. _____ SA un contrôle portant sur les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) - en lien avec la pandémie de Covid-19 - perçues par cette entreprise en faveur de ses employés entre mars 2020 et septembre 2020.

Par décision du 16 février 2021, confirmée sur opposition le 14 septembre 2021, le SECO a demandé à A. _____ SA de rembourser à la Caisse cantonale de chômage du canton de Vaud (ci-après: la caisse de chômage) un montant de 388'202 fr. 25, correspondant à des indemnités en cas de RHT versées à tort pour la période de mars 2020 à août 2020.

B.

Par arrêt du 20 octobre 2022, le Tribunal administratif fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours formé contre la décision sur opposition du 14 septembre 2021.

C.

A. _____ SA interjette un recours en matière de droit public contre cet arrêt, en concluant à sa réforme en ce sens que le montant à rembourser soit fixé à 18'434 fr. 23.

L'intimé conclut au rejet du recours. Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à se déterminer. La recourante a répliqué.

Considérant en droit :

1.

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

2.

2.1. Le litige porte sur le point de savoir si l'autorité précédente a violé le droit fédéral en confirmant la restitution d'un montant de 388'202 fr. 25 correspondant à des indemnités en cas de RHT perçues par la recourante entre mars 2020 et août 2020.

2.2. Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, fonde son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 148 V 366 consid. 3.3; 145 V 188 consid. 2) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF). Si le recourant entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente, il doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées et la correction du vice susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF); à défaut, un état de fait divergent de celui de la décision attaquée ne peut pas être pris en compte (ATF 148 V 366 consid. 3.2; 147 V 16 consid. 4.1.1; 145 V 188 consid. 2; 135 II 313 consid. 5.2.2).

2.3. Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, en vertu de l'art. 106 al. 2 LTF, il n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 143 II 283 consid. 1.2.2; 142 III 364 consid. 2.4).

3.

La recourante se plaint tout d'abord d'un établissement incomplet des faits. A cet égard, elle se limite toutefois à rediscuter et à compléter certains faits en reprochant à la juridiction précédente d'avoir présenté les faits de manière lacunaire, sans exposer en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées et la correction du vice susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. consid. 2.2 supra), de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'écarter des faits constatés par l'autorité précédente, qui lient le Tribunal fédéral.

4.

4.1. Dans un grief d'ordre formel, la recourante se plaint ensuite d'une violation de son droit d'être entendue. Elle reproche aux premiers juges d'avoir rejeté sa requête tendant à l'audition de son administrateur ainsi que d'un représentant du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR).

4.2. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1; 140 I 285 consid. 6.3.1; 134 I 140 consid. 5.3). Le refus d'une mesure probatoire par appréciation anticipée des preuves ne peut être remis en cause devant le Tribunal fédéral qu'en invoquant l'arbitraire (art. 9 Cst.) de manière claire et détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 146 III 73 consid. 5.2.2; 144 II 427 consid. 3.1.3; 138 III 374 consid. 4.3.2).

4.3. Le Tribunal administratif fédéral a relevé qu'il n'aurait pas pu tenir compte d'éventuelles informations livrées oralement par l'administrateur de la recourante, dès lors que selon la jurisprudence (cf. consid. 5.1.2 infra), l'absence de documents propres à déterminer l'horaire de travail ne pouvait pas être compensée par des renseignements donnés ultérieurement. En outre, en tant qu'elle avait pour vocation de confirmer la bonne foi

de la recourante, l'audition de l'administrateur n'aurait pas porté sur des faits pertinents pour l'issue du litige. S'agissant du représentant du DEFR, les juges précédents ont indiqué que la recourante n'avait pas exposé en quoi l'audition de celui-ci aurait été propre à élucider les faits et que rien ne laissait penser que tel pouvait être le cas.

4.4. Dans la mesure où la recourante n'entreprend même pas de démontrer en quoi le refus des mesures probatoires qu'elle a sollicitées serait arbitraire, son argumentation ne répond pas aux exigences de motivation accrues posées par l'art. 106 al. 2 LTF (cf. consid. 2.3 et 4.2 supra). Son grief doit donc être écarté.

5.

La recourante se plaint d'une violation des art. 31 al. 3 let. a LACI (RS 837.0) et 46b OACI (RS 837.02).

5.1.

5.1.1. 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, n'ont notamment pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable. Aux termes de l'art. 46b OACI, 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).

5.1.2. 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), 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. 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 par après. 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) (arrêts 8C 681/2021 du 23 février 2022 consid. 3.3 et 3.4; 8C 26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3 et les références citées).

5.1.3. Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA (RS 830.1), 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 (ATF 142 V 259 consid. 3.2; 138 V 426 consid. 5.2.1; 130 V 318 consid. 5.2).

5.2.

5.2.1. En l'espèce, la recourante a exposé devant le Tribunal administratif fédéral que ses employés avaient en temps normal un horaire de travail fixe de 9h00 à 12h00 et de 13h00 à 18h00. Elle tenait à jour un planning

des vacances et des absences de chaque collaborateur. A compter du 18 mars 2020, elle avait établi un plan précis prévoyant le nombre d'heures à effectuer chaque jour par les employés.

5.2.2. Les juges précédents ont retenu que le plan de la recourante relatif à la réduction du temps de travail (ci-après: le plan) prévoyait, de manière globale pour chaque semaine, le pourcentage du temps de travail habituel (20 % dès le 18 mars 2020 puis 10 % dès le 1^{er} avril 2020) que chacun des collaborateurs était appelé à respecter. La recourante n'avait toutefois instauré aucun contrôle des heures effectivement effectuées par les employés. Une telle manière de faire ne respectait pas la jurisprudence relative à l'art. 46b al. 1 OACI, qui exigeait en particulier que les heures travaillées soient relevées au moins quotidiennement par l'employé lui-même ou par son supérieur. Un rapport établi pour la recourante par une fiduciaire indiquait d'ailleurs qu'il était "certain que [la recourante]ne dispos[ait]pas d'un pointage d'heures et que par conséquent, il [était]difficile de définir avec exactitude le nombre d'heures faites par les employés chaque jour". En outre, il ressortait du rapport de l'intimé consécutif au contrôle des 15 et 16 décembre 2020 qu'il n'y avait pas de contrôle du temps de travail fiable et précis au sein de l'entreprise. La brochure "Info-Service" de l'intimé, qui satisfaisait à l'obligation de renseigner prévue à l'art. 27 al. 1 LPGA, prévoyait le devoir d'instaurer un système de contrôle du temps de travail expressément destiné à "rendre compte quotidiennement des heures de travail fournies". Par ailleurs, quand bien même la recourante soutenait que certains collaborateurs auraient travaillé moins que ce qui était prévu par le plan et que cela n'aurait pas porté préjudice à l'État, il n'était pas possible d'être certain que le temps de travail planifié n'avait jamais été dépassé. Le fait que la recourante avait indiqué que ses employés n'effectuaient pas d'heures supplémentaires n'y changeait rien.

En définitive, la recourante n'apportait aucun élément propre à établir qu'elle avait effectué un contrôle des heures de travail conformément à ce qu'exigeait la jurisprudence. Ce n'était que dans le cadre d'une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer que la recourante - qui ne pouvait pas tirer avantage de sa méconnaissance du droit - pouvait se prévaloir de la protection de sa bonne foi. L'instance précédente a ajouté que même s'il était notoire que la pandémie de Covid-19 avait conduit à une baisse importante du nombre d'heures de travail des salariés actifs dans le secteur du voyage, rien ne permettait en l'espèce de déterminer avec précision l'ampleur de cette baisse. Seules des estimations ou des approximations auraient été envisageables, c'est-à-dire des procédés guère compatibles avec les exigences strictes posées par la réglementation en vigueur. La recourante ne pouvait rien tirer non plus du fait que son chiffre d'affaires avait subi une baisse considérable durant la période litigieuse, dès lors que le chiffre d'affaires n'était pas directement lié au nombre d'heures de travail et qu'il ne permettait pas de déterminer l'ampleur, à l'heure près, de la réduction de l'horaire de travail.

5.2.3. La recourante soutient que selon l'interprétation littérale de l'art. 46b al. 1 OACI, l'horaire de travail devrait être "contrôlable" et non pas "contrôlé par l'employeur". Elle relève que si les horaires fixés avaient été dépassés, ses employés l'auraient documenté. Un relevé d'heures encore plus détaillé n'aurait donc fait que confirmer les horaires planifiés. A compter du 18 mars 2020, elle aurait établi un plan précis prévoyant pour chaque jour le nombre d'heures à accomplir par chaque collaborateur et ces heures auraient été réellement effectuées. Le système d'attribution des missions ainsi que la planification des jours de vacances auraient été aptes à fournir des données fiables pour le décompte des heures de travail. La recourante indique en outre avoir livré des informations sur sa masse salariale totale, l'horaire de travail, le nombre d'heures à effectuer mensuellement par chaque employé ainsi que le nombre d'heures effectuées en RHT, de sorte qu'il serait faux de prétendre qu'elle n'aurait pas contrôlé les horaires de travail de ses collaborateurs. La baisse de son chiffre d'affaires serait par ailleurs un moyen d'établir l'ampleur de la diminution du nombre d'heures de travail. A l'appui de son recours au

Tribunal administratif fédéral, elle avait précisé le pourcentage de la perte de travail pour motifs économiques et avait expliqué qu'une quantification plus précise du temps de travail aurait abouti à une perte d'activité encore plus importante, ce qui aurait conduit à des indemnités en cas de RHT plus élevées. Les employés ayant travaillé à domicile dès le 18 mars 2020, il aurait été disproportionné d'introduire un système de contrôle du temps de travail. Compte tenu de tous ces éléments, la perte de travail aurait été suffisamment contrôlable au sens de l'art. 46b al. 1 OACI.

5.2.4. Selon les faits constatés par l'instance précédente - qui lie le Tribunal fédéral (cf. consid. 2.2 et 3

supra) -, la recourante s'est limitée, à partir du 18 mars 2020, à adopter un plan de travail prévoyant le pourcentage de temps de travail (20 % puis 10 %), de manière globale et pour chaque semaine, attendu de chaque employé. Elle n'a toutefois procédé à aucun contrôle des heures de travail effectivement accomplies. Elle reconnaît du reste ne pas avoir introduit de système de contrôle du temps de travail. Or, quoi qu'elle en dise, un relevé quotidien et en temps réel des heures de travail effectivement effectuées est exigé aux fins de percevoir des indemnités en cas de RHT, pour permettre d'établir à l'heure près l'ampleur de la réduction du temps de travail. La simple estimation du temps de travail à accomplir, de surcroît de manière globale, sans aucun contrôle ni aucune correction a posteriori, s'avère insuffisante au regard de la jurisprudence. S'agissant de la baisse du chiffre d'affaires, c'est à juste titre que le Tribunal administratif fédéral a souligné qu'elle ne permettait pas de déterminer l'ampleur, à l'heure près, de la réduction de l'horaire de travail. Les "nombreux remboursements de voyages" ainsi que

les problèmes en lien avec les "prestations payées par avance" évoqués par la recourante ont d'ailleurs occasionné une certaine charge de travail. On ajoutera, dans le même sens que les juges précédents, que les indemnités en cas de 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 (ATF 147 V 359 consid. 4.6.3). Le grief de la recourante est ainsi mal fondé.

6.

Dans un dernier grief, la recourante se plaint d'une violation du principe de la proportionnalité.

6.1. Consacré à l'art. 5 al. 2 Cst., le principe de la proportionnalité, dont la violation peut être invoquée de manière indépendante dans un recours en matière de droit public (cf. art. 95 al. 1 let. a LTF; ATF 148 II 475 consid. 5; 141 I 1 consid. 5.3.2; 140 I 257 consid. 6.3.1) commande que la mesure étatique soit nécessaire et apte à atteindre le but prévu et qu'elle soit raisonnable pour la personne concernée (ATF 141 I 1 consid. 5.3.2; 140 I 257 consid. 6.3.1; 140 II 194 consid. 5.8.2).

6.2. Amené à se prononcer sur le grief tiré d'une violation du principe de la proportionnalité, le Tribunal administratif fédéral a retenu que la jurisprudence n'exigeait pas la mise en place d'un système de contrôle complexe des heures de travail; des relevés manuscrits par les employés eux-mêmes étaient suffisants, pour autant qu'ils soient quotidiens et qu'ils ne puissent pas être modifiés par la suite. Une telle contrainte n'était pas disproportionnée. En outre, dès lors que seules les heures de travail dont la perte était suffisamment contrôlable donnaient droit à des indemnités en cas de RHT, l'absence de tout contrôle avait pour conséquence qu'aucune des heures de travail perdues ne pouvait donner droit à des indemnités. Ainsi, le principe de la proportionnalité ne permettait pas à la recourante de se fonder uniquement sur des estimations du temps de travail effectif pour justifier un remboursement seulement partiel des prestations perçues. Le principe de la proportionnalité ne permettait pas non plus de tenir compte de circonstances dont la prise en considération n'était pas prévue par la réglementation, telles que l'absence d'avertissement préalable adressé à la recourante, la reconnaissance par celle-ci d'une partie de

son obligation de restituer ou sa bonne foi. Par ailleurs, la recourante n'avait fourni aucun élément justifiant l'absence d'un système de contrôle adéquat ou établissant qu'un tel système aurait été superflu. Rien n'indiquait que la pandémie de Covid-19 était à l'origine de problèmes particuliers en lien avec le contrôle du temps de travail. C'était ainsi à tort que la recourante soutenait que la décision attaquée était une mesure excessive, inutile, injuste et donc disproportionnée.

6.3. La recourante soutient que le principe de la proportionnalité permettrait de prendre en compte des circonstances dont la prise en considération est exclue par la réglementation. La notion d'horaire de travail "suffisamment contrôlable" de l'art. 31 al. 3 let. a LACI devrait être interprétée à l'aune de ce principe. En ce sens, le refus de toute indemnité en cas de RHT pour la période contrôlée par l'intimé serait excessif. Au surplus, les règles relatives à la contrôlabilité du temps de travail ne sauraient être appliquées de manière stricte en période de Covid-19 et en matière de télétravail. Enfin, il aurait été disproportionné d'introduire un système compliqué de contrôle du temps de travail, étant entendu qu'il aurait été acquis que le temps de travail était très faible, en tous les cas inférieur à 20 %, voire 10 % de l'horaire normal.

6.4. Comme souligné par les juges précédents, 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, de sorte que la portée du principe de la proportionnalité dans la mise en oeuvre de ces dispositions apparaît d'emblée restreinte. 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. Les premiers juges ont par ailleurs relevé à juste titre que rien n'aurait empêché la recourante de mettre en place un système de contrôle des heures de travail effectivement effectuées. On ne voit pas - et la recourante n'expose pas - en quoi la pandémie de Covid-19 aurait constitué un obstacle à l'instauration d'un tel système, qui pouvait se limiter à un simple relevé quotidien des heures de travail par les employés eux-mêmes. La recourante ne conteste d'ailleurs pas qu'un tel système était possible, puisqu'elle indique qu'un relevé d'heures plus détaillé (que le plan hebdomadaire relatif à la réduction de l'horaire de travail; cf. consid. 5.2.2 in initio supra)

n'aurait fait que confirmer les horaires effectivement effectués par les employés. L'arrêt entrepris échappe ainsi à la critique et le recours doit être rejeté.

7.

La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Lucerne, le 15 juin 2023

Au nom de la IVe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Wirthlin

Le Greffier : Ourny