



Arrêt du 24 juillet 2012

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Vera Marantelli et David Aschmann, juges,
Grégory Sauder, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par l'Etude SPLC Avocats & Notaires,
Maître Régine Delley, avocate,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),
Marché du travail et assurance-chômage,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

En 2009, A._____ (ci-après : la recourante) comprenait quatre employés, soit B._____, associée gérante avec signature individuelle, C._____, mécanicien et associé-gérant avec signature individuelle, D._____ et E._____, tous deux aides-mécaniciens.

Le 20 mars 2009, la recourante a adressé au Service de l'emploi du canton de F._____ (ci-après : le Service de l'emploi) un préavis de réduction de l'horaire de travail touchant D._____ et E._____. Par décision du 31 mars 2009, le Service de l'emploi a accepté la demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) pour une période allant du 1^{er} avril au 30 septembre 2009.

Par la suite, la recourante a déposé, pour les mois d'avril et de mai 2009, des demandes d'indemnités auprès de la Caisse d'assurance-chômage du canton de F._____ (ci-après : la Caisse de chômage) en y joignant, pour les deux employés précités, le formulaire "rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" que la Caisse de chômage lui avait remis.

Par décision du 1^{er} juillet 2009, le Service de l'emploi a autorisé la recourante à utiliser le temps de travail supprimé pour le perfectionnement professionnel de ses employés, soit une formation de mécanique générale de D._____ et E._____ dispensée par un formateur interne, C._____, et ce pour une période allant du 2 juin 2009 au 30 octobre 2009.

Les demandes successives de la recourante visant à obtenir des indemnités RHT ont été régulièrement accordées par décisions du Service de l'emploi des 29 septembre 2009, 31 mars 2010 et 27 septembre 2010, pour des périodes allant jusqu'au 31 mars 2011.

La Caisse de chômage a ainsi versé à la recourante les indemnités RHT pour D._____ et E._____ d'avril 2009 à janvier 2010.

Selon une mutation du registre du commerce du 21 janvier 2010, C._____ a cessé d'être associé à cette date, respectivement gérant de la société. Ses pouvoirs ont été radiés et ses parts sociales cédées à B._____, laquelle est depuis lors titulaire de l'entier des parts sociales et reste seule associée-gérante avec signature individuelle. Dès février 2010, des indemnités RHT ont également été demandées pour

C._____. De février 2010 à février 2011, les indemnités RHT ont ainsi été versées pour D._____, E._____ et C._____.

B.

Le 4 février 2011, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO ou l'autorité inférieure) a effectué un contrôle de la recourante afin de s'assurer du versement à bon droit de l'indemnité RHT durant les mois d'avril 2009 à janvier 2011. Par décision sur révision du 3 mars 2011, le SECO a astreint la recourante à rembourser à la Caisse de chômage un montant de Fr. 65'054.95 indûment perçu au titre des indemnités RHT. Il a considéré, pour l'essentiel, que le formulaire "rapport concernant les heures perdues" ne pouvait remplacer un contrôle de travail authentique et relevé que, lors du contrôle, la recourante avait indiqué que les employés ne notaient pas leurs heures de travail et que la relation de travail était basée sur un rapport de confiance réciproque entre l'employeur et les employés. Le temps de travail se révélant en l'espèce incontrôlable, le SECO n'a pas reconnu le droit à l'indemnité pour D._____ et E._____ pour les périodes d'avril et de mai 1999. Il a en revanche reconnu ce droit à partir de 2 juin 1999, dès lors que, conformément aux décisions du service de l'emploi du 1^{er} juillet et du 25 février 2011, la recourante avait fait parvenir à l'autorité cantonale un planning indiquant les jours et le type de formation donnés, chaque semaine, pour les personnes précitées. Enfin, le SECO n'a pas reconnu le droit à l'indemnité pour C._____ pour les périodes de février 2010 à février 2011, au motif que le temps de travail n'était pas contrôlable et qu'aucune décision cantonale ne l'autorisait à se perfectionner professionnellement durant les périodes de réduction de l'horaire de travail.

La recourante ayant formé opposition contre cette décision, le SECO l'a rejetée, par décision du 6 avril 2011, en rappelant que le "rapport des heures perdues" adressé chaque mois à la Caisse de chômage ne pouvait remplacer un système authentique de contrôle du temps de travail, tel que cartes de timbrage ou rapport mensuel sur les heures travaillées ou autre, et qu'un système du temps de travail authentique était obligatoire afin que toutes les heures travaillées, y compris les éventuelles heures supplémentaires ou autres types d'absence ayant lieu pendant la journée de travail, puissent être contrôlables. S'agissant plus particulièrement de C._____, le SECO a constaté que la décision du Service de l'emploi concernant le perfectionnement professionnel pour la période du 2 juin 2009 au 30 octobre 2009 le mentionnait comme formateur interne, que son nom n'apparaissait plus dans la décision du

25 février 2011 autorisant la prolongation du perfectionnement professionnel pour la période du 2 novembre 2009 au 31 mars 2011, qu'aucune décision du Service de l'emploi ne l'autorisait à se perfectionner sur le plan professionnel depuis le mois de février 2010 et que la recourante ne l'avait, au demeurant, jamais mentionné dans aucun des plannings hebdomadaires envoyés à ce dernier.

C.

Le 19 mai 2011, la recourante a interjeté recours contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal administratif fédéral, en concluant à son annulation et à ce qu'elle ne soit pas tenue de restituer le montant de Fr. 65'054.95, sous suite de frais et dépens. A l'appui de ses conclusions, elle conteste la compétence du SECO pour rendre une décision sur révision modifiant l'octroi d'indemnité pour RHT, qui a été décidé par le Service de l'emploi. Sur le fond, elle fait valoir, en substance, que, s'agissant de D._____ et E._____, elle a suivi scrupuleusement les instructions du Service de l'emploi et qu'elle a transmis tous les documents demandés. Elle ajoute que, à la lecture des "remarques importantes" figurant dans les décisions du Service de l'emploi qui mentionnent les "rapports sur les heures" comme un exemple de contrôle valable du temps de travail, elle pouvait penser de bonne foi que le "rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" remis par la Caisse de chômage satisfaisait à cette exigence. S'agissant de C._____, la recourante expose que, si la décision du Service de l'emploi du 25 février 2011 ne mentionne pas son nom comme formateur, cette décision avait cependant pour objet d'autoriser, de manière rétroactive dès février 2009, la continuation de la formation autorisée par décision du 1^{er} juillet 2009, qui le mentionnait explicitement comme formateur. Elle ajoute que, indépendamment de la question de savoir s'il avait le droit ou non d'utiliser les heures chômées pour du perfectionnement, C._____ avait de toute manière droit à des indemnités RHT en tant qu'employé et qu'elle a correctement rempli la demande d'indemnité RHT en le faisant figurer, dès le mois de février 2011, au nombre des employés touchés par les réductions d'horaire de travail. La recourante relève, à cet égard, que l'horaire de travail du formateur est aisément contrôlable sur la base des plannings hebdomadaires de formation ; elle précise qu'il ne serait en effet pas concevable que, si la perte de travail des employés en formation est reconnue sur la base de ces plannings, elle ne puisse l'être pour celui qui, dans l'entreprise, dispense la formation en question. Enfin, la recourante se prévaut du principe de la bonne foi, en invoquant qu'elle ignorait totalement la manière de procéder, qu'elle a suivi les instructions du

Service de l'emploi et qu'elle ne pouvait se rendre compte que les indications données par celui-ci étaient erronées ou incomplètes.

D.

Dans sa réponse du 17 août 2011, l'autorité inférieure a proposé le rejet du recours, en renvoyant pour l'essentiel aux motifs de ses décisions précédentes. S'agissant plus particulièrement de C._____, elle maintient que le contrôle de l'horaire de travail est impossible et relève qu'il n'a de toute manière pas droit aux indemnités RHT, dès lors que, nonobstant la modification intervenue au registre du commerce, il exerce toujours une influence considérable dans l'entreprise, comme en atteste la consultation du site Internet de la recourante qui le mentionne comme "responsable qualité et direction".

Dans sa réplique du 7 septembre 2011, la recourante a confirmé ses conclusions, en maintenant que l'horaire de travail de C._____ est contrôlable pour les motifs déjà exposés dans le recours. Quant à la position de ce dernier dans l'entreprise, la recourante - qui allègue que ce motif est, du reste, tardif - conteste que C._____ exerce toujours une fonction dirigeante dans l'entreprise. Elle relève que le site Internet n'a plus été mis à jour depuis 2004, faute de moyens, et que ce seul élément ne permettrait au surplus pas de conclure qu'il jouirait d'un statut similaire à celui d'un employeur, dès lors qu'aucun élément du dossier ne permet de remettre en question son statut de simple employé depuis février 2010.

Par duplique du 12 octobre 2011, l'autorité inférieure a relevé qu'elle ne s'est pas fondée sur la seule consultation du site Internet de la recourante, mais qu'elle a également pris en compte les nombreuses radiations et inscriptions figurant au registre du commerce, lesquelles jettent, selon elle, un sérieux doute sur le statut de simple employé de C._____ et semblent n'avoir d'autre but que d'éluder les dispositions en matière d'assurance-chômage.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. 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]). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante

(cf. 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]). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (cf. art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA, art. 60 al. 1 LPGA). Le recours est ainsi 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 (art. 1a 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 (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) (art. 31 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) (art. 32 al. 1 LACI).

Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accomplie par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 et 66a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 [OACI, RS 837.02]). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale de travail, une fois additionnées les heures de travail en plus. Comptent comme heures de travail en plus les heures payées ou non encore payées qui excèdent le nombre d'heures à effectuer selon l'horaire de travail contractuel. Ne comptent pas comme heures de travail en plus, les heures effectuées dans le cadre du régime d'horaire mobile de l'entreprise, pour autant qu'elles ne dépassent pas 20 heures, ni les heures de compensation ou de rattrapages imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (art. 46 al. 2 et 66a al. 2 OACI).

N'ont pas droit à l'indemnité, selon l'art. 31 al. 3 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 (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) et les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

3.

En l'occurrence, la recourante conteste la compétence du SECO pour rendre une décision sur révision comme il l'a fait, le 4 février 2001, et confirmé dans la décision attaquée. Elle allègue, à ce propos, que seul le Service de l'emploi était habilité à le faire, en présence de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation différente.

La décision attaquée a pour objet d'astreindre la recourante à restituer les indemnités RHT versées par la Caisse de chômage. A teneur de l'art. 95 al. 2 LACI, la caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort. Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, la compétence d'exiger la restitution n'appartient pas au Service de l'emploi, en première ligne, mais à la Caisse de chômage. La question se pose ainsi de savoir si celle-ci avait seule la compétence d'exiger la restitution ou si le SECO était également habilité à le faire sur la base de l'art. 83a LACI.

L'art. 83a LACI a été introduit dans la loi, lors de la révision du 22 mars 2002, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 (RO 2003 1728). Dans son message du 28 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage (FF 2001 2123, 2174), le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit :

"L'al. 3 entend simplifier la procédure et la rendre plus transparente. Selon la réglementation actuelle, l'organe de compensation enjoint à la caisse d'exiger le remboursement des montants versés au titre de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries lorsqu'ils sont contestés à la suite des contrôles effectués par l'organe de compensation dans les entreprises. La caisse liée par ces instructions jouit certes des droits qu'ont les parties dans une procédure de recours, mais n'a aucune marge de manœuvre en ce qui concerne l'objet du litige. Le processus n'est pas rationnel, parce que les actes de procédure (échange de correspondance, etc.) sont adressés à la caisse qui, en tant que partie, doit fournir toutes les indications nécessaires. Or les données

sont en fait fournies par l'organe de compensation puisque c'est lui qui effectue les contrôles des entreprises et établit les rapports correspondants. La réglementation proposée ne vise donc pas uniquement à simplifier la procédure, mais aussi à accroître la transparence envers les employeurs. Ceux-ci sauront ainsi mieux quel service administratif est habilité à prendre les décisions et quel est leur partenaire dans cette procédure".

Cette disposition a été adoptée par le Parlement dans la teneur proposée par le Conseil fédéral, sans être discutée, et les explications que donnait celui-ci dans son message ont été concrétisées à l'art. 111 al. 2 OACI, à teneur duquel 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 d'exécution.

Il apparaît ainsi que, par la révision du 22 mars 2002, le législateur a entendu s'écarter du régime posé par l'art. 95 al. 2 LACI, en ce qui concerne la procédure relative aux contrôles auprès des employeurs touchant le versement des indemnités RHT et en cas d'intempéries. Selon l'adage consacré pour résoudre un conflit de normes, la règle de droit la plus récente l'emporte sur la plus ancienne ("lex posterior derogat legi priori"). Il s'ensuit que l'art. 95 al. 2 LACI, dans la mesure où il entrerait en contradiction avec l'art. 83a al. 3 LACI parce qu'il prévoit toujours la compétence de la caisse pour exiger de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas réduction de l'horaire de travail alors qu'elle n'est plus que chargée de l'encaissement, ne peut que céder le pas à la norme entrée en vigueur postérieurement.

Au vu de ce qui précède, le motif tiré de l'incompétence du SECO se révèle mal fondé.

4.

4.1 En l'espèce, l'autorité inférieure a établi, lors du contrôle de la recourante en date du 4 février 2011, un rapport intitulé "Documents vérifiés lors du contrôle de la légitimité de l'indemnité perçue en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries". Dans ce document, il est indiqué qu'aucun enregistrement approprié du temps de travail susceptible de fournir des renseignements sur les heures travaillées (y compris les heures en plus et les heures supplémentaires), les heures de travail perdues dues à des facteurs d'ordre économique, ainsi que sur les absences (vacances, jours fériés, maladie, accident service militaire, etc.) n'a été effectué par l'entreprise pour les travailleurs et pendant les

périodes de décompte d'avril 2009 à décembre 2010. Le SECO a par ailleurs pris note dans ce rapport que des mesures actives du marché du travail avaient été autorisées par le Service de l'emploi. La recourante a confirmé, en le signant, l'exactitude de ce document.

Dans son recours, la recourante relève que, dès le 2 juin 2009, la contrôlabilité du temps de travail a été reconnue par le SECO par l'envoi d'un planning hebdomadaire indiquant les jours et le type de formation suivi par ses employés, remis chaque semaine. Elle allègue que, pour les mois d'avril et mai 2009, elle n'utilisait pas encore les heures de travail supprimées de ses employés pour les former, de sorte qu'elle ne pouvait pas encore envoyer un tel planning. Elle allègue, pour le reste, avoir toujours scrupuleusement suivi les indications données par le Service de l'emploi, en remplissant et transmettant chaque mois tous les documents demandés. Se référant aux remarques importantes figurant dans la décision du Service de l'emploi du 31 mars 2009 - qui précisent notamment que l'entreprise doit effectuer des contrôles du temps de travail (par exemple cartes de timbrages, rapports sur les heures), afin de pouvoir rendre compte quotidiennement des heures de travail fournies - la recourante allègue qu'elle pouvait penser de bonne foi que le "rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" qui lui avait été remis par la Caisse de chômage correspondait au "rapport sur les heures" mentionné dans la décision précitée et qu'elle ne pouvait deviner qu'un autre document devait être établi par elle, d'autant plus qu'un contrôle par timbrage n'avait pas été ordonné.

4.2 Selon la jurisprudence, l'obligation de contrôle de la perte de travail par l'employeur résulte de la nature même de la prestation d'assurance, objet de la présente procédure. Du moment que le facteur déterminant est la réduction de l'horaire de travail et que celle-ci se mesure nécessairement en proportion des heures normalement effectuées par les travailleurs, 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 bénéficiaire de l'indemnité (cf. arrêts du Tribunal fédéral [TF] C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 et C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b). Si les heures travaillées ne doivent pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (cf. art. 40 LACI ; arrêt du TF C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1), la perte de travail n'est toutefois 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 précité consid. 1 ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 490).

Comme le relève la recourante, les décisions du Service de l'emploi précisent quant à elles expressément, sous la rubrique "Remarques importantes concernant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail", que "l'entreprise doit effectuer des contrôles du temps de travail auprès des travailleurs qui sont touchés par une réduction de l'horaire de travail (par ex. cartes de timbrage, rapports sur les heures), afin de pouvoir rendre compte quotidiennement des heures de travail fournies, y compris des éventuelles heures supplémentaires, de la perte de travail due à des facteurs d'ordre économique, ainsi que tout autre type d'absences telles que, par. ex., les vacances, les absences en cas de maladie, d'accident ou pour le service militaire".

4.3 En l'espèce, les "rapports concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" indiquent, d'une part, quelle est la durée du travail déterminante durant la période de décompte, soit en l'espèce huit heures vingt par jour, et, d'autre part, les jours pendant lesquels les employés concernés n'ont pas ou que partiellement travaillé, ainsi que les heures perdues ces jours-là par rapport à la durée du travail déterminante. Ces rapports ne renseignent en revanche aucunement sur les heures qu'ils ont effectivement accomplies quotidiennement et, par conséquent, sur leurs éventuelles heures effectuées en plus de l'horaire normal de travail. Ils ne renseignent pas non plus sur les autres types d'absences telles que vacances, absences en cas de maladie, d'accident ou de service militaire. Il apparaît ainsi clairement que ces rapports ne satisfont pas aux exigences d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise, au sens de l'art. 46b al. 1 OACI, telles que rappelées dans les remarques importantes des décisions du Service de l'emploi (cf. notamment arrêt du TF C 260/00 du 22 août 2001 consid. 2b ; arrêt du TAF B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 5).

En tant que la recourante soutient que les "rapports concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" constitueraient un moyen de contrôle approprié du temps de travail au sens des dispositions et de la jurisprudence précitées, son recours apparaît ainsi mal fondé. Il ne saurait, du reste, être reproché à la Caisse de chômage de n'avoir pas attiré l'attention du recourant sur un quelconque manquement quant aux pièces justificatives produites. En effet, celle-ci n'a pas à vérifier de

manière approfondie, au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation, si toutes les conditions du droit à l'indemnité sont remplies. Elle ne dispose pas forcément alors de toutes les informations nécessaires sur la méthode de contrôle instaurée par l'employeur, puisque celui-ci ne doit pas remettre les documents y relatifs au moment du préavis de réduction de l'horaire de travail, mais les conserver en vue d'éventuels contrôles subséquents (cf. arrêt du TF C 208/02 du 27 octobre 2003 consid. 4.3).

5.

5.1 Se fondant sur le fait que le SECO a admis que le temps de travail pour D._____ et E._____ était suffisamment contrôlable sur la base des plannings hebdomadaires indiquant les jours et le type de formation suivi par les employés dans le cadre de la mesure active de marché du travail autorisée par le Service de l'emploi, la recourante fait valoir, en substance, qu'il n'est pas concevable que la perte de travail ne puisse l'être aussi pour C._____ qui, dans l'entreprise, dispense la formation en question, d'autant plus qu'il a été expressément mentionné comme formateur interne dans la décision du 1^{er} juillet 2009.

5.2 Par cette décision, le Service de l'emploi a autorisé la recourante, au bénéfice d'une autorisation de réduction de l'horaire de travail, à utiliser le temps de travail supprimé pour perfectionner D._____ et E._____ sur le plan professionnel, la formation étant dispensée par C._____, et ce pour la période du 2 juin au 30 octobre 2009. Par décision subséquente du 25 février 2011, il a autorisé rétroactivement la recourante à faire de même pour la période du 2 novembre 2009 au 31 mars 2011. Ces décisions se fondent sur l'art. 47 OACI qui prévoit notamment, à son premier alinéa, que le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail subsiste lorsque l'employeur utilise complètement ou partiellement, avec l'accord de l'autorité cantonale, le temps de travail qui est supprimé pour perfectionner sur le plan professionnel les travailleurs concernés. Ainsi, les entreprises au bénéfice d'une autorisation cantonale fondée sur l'art. 47 OACI restent soumises aux conditions fixées par l'art. 31 al. 3 LACI, dont le contenu a été rappelé au consid. 2. Dans le cadre de l'autorisation dont elle bénéficiait, la recourante a fait parvenir, chaque semaine, au Service de l'emploi un planning hebdomadaire portant sur la formation à suivre la semaine suivante. Comme le relève cependant elle-même la recourante, les informations indiquées dans ces plannings hebdomadaires sont bien moins complètes que celles mentionnées dans le "rapport sur les heures

perdues pour des raisons économiques", dans la mesure où ces plannings indiquent uniquement les jours travaillés et les jours de formation ainsi que le type de formation suivie par chacun des deux employés. C'est dire que ces plannings, pas plus que ledit rapport, ne remplissent les conditions requises pour que l'on puisse admettre que l'entreprise disposait d'un système de contrôle de la perte de travail suffisant au sens de ce qui a été rappelé au consid. 4.2. Il s'ensuit que la question d'une réformation de la décision attaquée au détriment de la recourante, au sens de l'art. 62 al. 2 PA, pourrait sérieusement être envisagée. S'il est cependant renoncé à le faire en l'espèce, il n'en reste pas moins que la recourante ne peut rien déduire en sa faveur du fait que le SECO a retenu, à tort, que la perte de travail était suffisamment contrôlable pour D._____ et E._____ à partir du moment où le perfectionnement professionnel dans l'entreprise a été autorisé par l'autorité cantonale et que des plannings hebdomadaires ont été déposés.

Le recours apparaît ainsi également mal fondé sur ce point.

6.

Dans sa réponse au recours du 17 août 2011 et dans sa duplique du 12 octobre 2011, l'autorité inférieure fait valoir que, indépendamment du fait que la contrôlabilité de l'horaire de travail de C._____ était impossible, celui-ci n'avait de toute façon pas droit aux indemnités RHT. Elle souligne en effet qu'au regard des circonstances inhérentes à l'entreprise, C._____ exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur, en dépit du fait qu'il ne jouit plus du droit de signature depuis la modification du registre du commerce intervenue le 20 janvier 2010. Elle précise que cela ressort, d'une part, du site Internet de l'entreprise qui le désigne comme "responsable qualité et direction" et "conseiller technique et direction", et, d'autre part, des nombreuses inscriptions et radiations alternées au registre du commerce indiquant tantôt B._____, tantôt C._____ comme associé gérant. Soutenant que ce motif est tardif, la recourante le conteste, en exposant que le site Internet n'a pas pu être modifié, faute de moyens financiers.

De manière générale, si l'autorité de recours est liée par le dispositif de la décision attaquée et les conclusions du recours - qui fixent l'objet de la procédure, respectivement l'objet du litige - elle ne l'est ni par rapport aux motifs invoqués par le recourant ni par rapport à ceux sur lesquels la décision attaquée se fonde (cf. art. 62 al. 4 PA; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 705, 807 et 819 ss et réf. cit.; THOMAS HÄBERLI, in: Bernhard Waldmann/Philippe

Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 62 PA, n° 37 ss, p. 1249 ss ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 927). Le tribunal devant appliquer le droit d'office, il peut ainsi rejeter le recours pour d'autres motifs que ceux retenus dans la décision attaquée.

Pour rappel, selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise n'ont pas droit à l'indemnité RHT. Au regard des indices apportés par l'autorité inférieure, il n'apparaît pas exclu que C._____ tombe sous le coup de cette disposition et soit ainsi exclu du droit aux indemnités RHT. Etant établi que, pour les motifs exposés aux consid. 4 et 5, C._____ ne peut prétendre à des indemnités RHT, faute d'un contrôle suffisant du temps de travail, cette question peut toutefois rester ouverte dans la présente procédure. Il appartiendra à la Caisse de chômage de vérifier le rôle et l'influence exercés dans l'entreprise par C._____, pour le cas où la recourante serait à nouveau autorisée à recourir au chômage partiel par le Service de l'emploi.

7.

7.1 Invoquant sa bonne foi, la recourante soutient qu'il s'agit en l'espèce d'un domaine particulièrement technique, qu'elle ignorait totalement la manière de procéder, qu'elle a scrupuleusement suivi les indications du Service de l'emploi, que seul celui-ci pouvait lui apporter les informations nécessaires et qu'elle ne pouvait se rendre compte que les instructions reçues étaient erronées ou incomplètes. Elle ajoute qu'on ne peut lui opposer qu'elle aurait dû savoir, à la lecture de la brochure générale Info-Service remise aux employeurs, qu'à défaut d'un système de contrôle des temps de présence, un horaire de travail insuffisamment contrôlable ne donnerait pas droit aux indemnités RHT. Enfin, la recourante relève que, si elle avait su dès le départ que des documents supplémentaires étaient nécessaires, elle se serait conformée à ces instructions, ce qu'elle n'est plus en mesure de faire aujourd'hui.

7.2 Le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (cf. ATF 131 II 627

consid. 6.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-7381/2008 du 3 juillet 2009 consid. 4.3 ss).

A 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 TAF B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 4.3.1 et réf. cit.).

7.3 Il a été établi au consid. 4.2 que le formulaire "rapport sur les heures perdues pour des raisons économiques" ne satisfait pas aux exigences d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise, au sens de l'art. 46b al. 1 OACI, telles que rappelées dans les remarques importantes des décisions du Service de l'emploi. La simple comparaison entre les données à faire figurer dans ce questionnaire et les exigences figurant dans les "remarques importantes" de ces décisions aurait permis à la recourante de le constater. Dans le doute, son devoir de diligence lui imposait de se renseigner auprès des autorités compétentes pour savoir si ces seuls formulaires suffisaient.

En matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ont, de surcroît, considéré que la brochure de l'autorité inférieure "Info-Service, Information aux employeurs, Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" satisfaisait à l'obligation de renseigner prévue à l'art. 27 al. 1 LPGA (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_375/2007 du 28 septembre 2007 consid. 2.2 ; arrêt du TAF B-7898/2007 précité consid. 4.2). Cette brochure tient compte des dispositions de la LACI et de l'OACI et donne un aperçu des droits et des obligations des employeurs ainsi que des démarches à entreprendre en cas d'introduction d'une réduction de l'horaire de travail. Il y est notamment précisé que n'ont pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la perte de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire n'est pas suffisamment contrôlable. Pour ce faire, il est indispensable que l'employeur instaure un système de contrôle des temps de présence, par exemple au moyen de cartes de timbrage ou de rapports des heures. L'employeur doit conserver les documents pendant cinq ans et, sur demande, les présenter à l'organe de

compensation. La durée de travail est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du travail, une fois additionnées les heures de travail en plus (cf. ladite brochure, éd. 2009, p. 2, 5, 8 et 9).

La recourante ne prétend pas qu'elle n'a pas eu connaissance de cette brochure. Elle ne pouvait donc pas ignorer qu'elle avait l'obligation d'instaurer un système de contrôle du temps de travail propre à établir la perte de travail à l'heure près. A cela s'ajoute que le formulaire "Préavis de réduction de l'horaire de travail", complété, signé et renvoyé par l'employeur à l'autorité cantonale, renvoie expressément à ces brochures.

Le recours apparaît ainsi mal fondé sur ce point également.

8.

8.1 Il reste ainsi à examiner si, au vu de ce qui a été exposé précédemment, les conditions d'une restitution des indemnités sont justifiées au regard des conditions posées par l'art. 53 al. 2 LPGA, à savoir que la décision soit manifestement erronée et que sa rectification revête une importance notable.

8.2 Selon la jurisprudence, il incombe à l'employeur de prouver la perte de travail (cf. arrêt du TF C 140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.2 ; arrêts du TAF B-3424/ 2010 précité consid. 4, B-8093/2010 précité consid. 3 et B-3778/2009 du 27 août 2011 consid. 3). En effet, 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 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 du TF C 86/01 précité consid. 1 ; arrêt du TAF B-7901/2007 du 10 novembre 2008 consid. 4.3.3 ; BORIS RUBIN, op. cit., p. 490 et réf. cit.). En l'occurrence, on doit donc retenir que les décisions par lesquelles les indemnités RHT ont été versées à la recourante étaient entachées d'inexactitude manifestes. Il est en outre évident que, sauf à vider de leur sens les effets des contrôles prévus par l'art. 83a al. 3 LACI, la rectification de ces décisions revêt une importance notable. Les conditions d'une reconsidération et, partant, d'une restitution, sont ainsi réalisées.

8.3 En conclusion, mal fondé, le recours doit être rejeté.

9.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie 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, arrêtés à Fr. 2'500.-, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe. Dès l'entrée en force du présent arrêt, ce montant sera entièrement compensé par l'avance de frais de Fr. 2'500.- versée en date du 15 juin 2011.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 2'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera intégralement compensé par l'avance de frais de Fr. 2'500.- déjà versée, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire) ;
- au Département fédéral de l'économie (acte judiciaire) ;
- à la Caisse de chômage.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Claude Morvant

Grégory Sauder

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 (cf. art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 du recourant (cf. art. 42 LTF).

Expédition : 26 juillet 2012