



Cour II
B-4226/2019

Arrêt du 25 mai 2021

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Pietro Angeli-Busi, Eva Schneeberger, juges,
Lu Yuan, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Carré,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail / Assurance-chômage,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

X._____ SA (ci-après : X._____ ou recourante) a perçu, pour la période de janvier et février 2017 des indemnités en cas d'intempéries (INT) de la Caisse de chômage du Y._____ (ci-après : Caisse de chômage). Elle a également annoncé pour le mois de janvier 2018 des avis d'interruption de travail pour cause d'intempéries. Les 24 et 25 janvier 2019, le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : SECO ou autorité inférieure) a procédé au contrôle du bien-fondé de ces indemnités.

B.

Par décision du 1^{er} mars 2019, le SECO a requis X._____ de restituer à la Caisse de chômage des prestations perçues indûment pour un montant de Fr. [...]. En substance, il a constaté que l'entreprise ne disposait pas de système de contrôle du temps de travail, de sorte qu'il n'était pas possible de vérifier la véracité et l'ampleur des heures perdues dues à des facteurs d'ordre météorologique qui étaient indiquées sur les rapports de travail et décomptes fournis à la Caisse de chômage pour l'ensemble du personnel.

C.

Statuant sur l'opposition de X._____ du 27 mars 2019, l'autorité inférieure l'a rejetée par décision du 20 juin 2019. Elle a relevé qu'elle est l'unique autorité compétente en matière de contrôles *a posteriori* auprès des employeurs et que la recourante ne disposait pas d'un système de contrôle du temps de travail. Elle a rappelé que les documents remis après l'inspection, qui sont en contradiction avec les documents vérifiés, ne peuvent être pris en considération, ce qui ressort par ailleurs expressément du document intitulé « Documents vérifiés » que l'entreprise a signé. De même, l'audition de témoins ne saurait pallier le défaut de documents propres à déterminer l'horaire de travail.

D.

Par écritures du 22 août 2019, X._____ a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut principalement, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition du 20 juin 2019 ainsi que la décision sur révision du 1^{er} mars 2019 et à ce qu'il soit constaté qu'elle n'a pas perçu de prestations indues à hauteur de Fr. [...]. Subsidiairement, elle demande à ce que la cause soit renvoyée devant l'autorité inférieure pour instructions complémentaires et nouvelle décision dans le sens des considérants. A l'appui de ses conclusions, la recourante conteste tout d'abord que l'autorité inférieure soit la seule autorité habilitée

à effectuer des contrôles *a posteriori* ; elle prétend que les autorités cantonales sont également compétentes et que celles-ci n'ont pas jugé que les prestations en cause étaient indues. Elle soutient ensuite que les règles relatives à la contrôlabilité du temps de travail en cas de réduction de l'horaire de travail RHT ne sauraient être appliquées de manière stricte dans le domaine des indemnités en cas d'intempéries INT. Elle argue que dans la mesure où les exigences pour l'octroi des indemnités étaient remplies au moment de la demande, un éventuel déficit du contrôle d'horaires ne saurait le remettre en cause de manière rétroactive. De plus, il serait arbitraire et disproportionné de requérir la restitution de l'ensemble des indemnités accordées en 2017 sans procéder au préalable à des adaptations ; elle fait également valoir que si des tricheries avaient été découvertes, il y aurait eu une plainte pénale voire une sanction administrative et avance que la restitution requise pourrait mettre à mal son existence. Elle reproche encore à l'autorité inférieure d'avoir constaté les faits de manière inexacte et incomplète dans la mesure où celle-ci a refusé d'auditionner des tiers en qualité de témoins et de solliciter des renseignements de leur part. De surcroît, celle-ci aurait également violé son droit d'être entendue dès lors qu'elle aurait dû l'interpeler quant à son intention de refuser l'audition des témoins. Enfin, la recourante requiert l'audition de témoins devant le tribunal de céans.

E.

Dans sa réponse du 12 décembre 2019, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours reprenant pour l'essentiel les arguments de sa décision sur opposition. Elle explique tout d'abord la procédure d'octroi des indemnités en cas d'intempéries et précise qu'elle est compétente pour procéder aux contrôles *a posteriori* auprès des employeurs et revenir sur une décision de l'autorité cantonale en exigeant la restitution des prestations indûment versées. Elle avance ensuite que les règles relatives à la contrôlabilité du temps de travail dans le domaine de RHT s'appliquent également en cas d'interruption de travail pour des raisons météorologiques relevant que la recourante ne disposait d'aucun système de contrôle des heures de travail. Quant à l'absence de plainte pénale, l'autorité inférieure indique que cette question relève d'une procédure distincte. Elle rappelle encore que, selon la jurisprudence, 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. A cela s'ajoute que la recourante n'a fait aucunement savoir lors de l'inspection qu'elle aurait souhaité s'entretenir avec son personnel ou que d'autres documents se trouveraient ailleurs avant d'apposer sa signature sur le document « Documents vérifiés », sur lequel il est expressément

mentionné qu'aucun document fourni ultérieurement ne pourrait être pris en considération.

F.

Par réplique du 12 juin 2020, la recourante a confirmé ses conclusions et explique qu'elle a signé le document « Documents vérifiés » sans avoir conscience des conséquences en découlant. De plus, une contradiction subsisterait sur ledit document, en ce sens qu'une demande de production des feuilles de contrôle des heures pour janvier 2018 a été formulée alors qu'elle aurait reconnu ne pas disposer de tels documents. Elle fait ensuite valoir qu'il serait injuste de procéder à des correctifs seulement pour deux de ses collaborateurs et non à l'ensemble des employés pour lesquels des jours de congé ont également été détectés. En outre, elle soutient que la restitution des prestations pourrait porter préjudice à ses activités, surtout dans un contexte post-Covid 19 ; il serait ainsi opportun d'évaluer la possibilité d'une remise. Elle réitère enfin sa requête quant à l'audition de témoins et indique qu'« on pourrait songer aussi à une audience de conciliation ».

G.

Dans sa duplique du 29 juin 2020, l'autorité inférieure a confirmé sa proposition du rejet de recours. Elle précise d'abord que les prestations du mois de janvier 2018 ne font pas partie de l'objet du présent litige. Elle explique ensuite que les indemnités ont été adaptées en fonction des jours de vacances pour les deux collaborateurs cités par la recourante dès lors que ces derniers ont annoncé tout le mois de janvier comme étant chôme. Quant aux autres employés, le travail n'a pas été interrompu pour tout un mois. Elle relève encore que de nombreuses mesures ont été mises en place par le Conseil fédéral pour soutenir les entreprises touchées par la crise sanitaire et que cette dernière ne saurait être un prétexte pour éluder le droit.

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

Droit :

1.

1.1

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

1.2 Le tribunal est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] ; art. 101 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0] ; art. 5 al. 2 PA). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA ; art. 59 LPG). Les autres conditions de recevabilité sont également respectées (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]).

Le recours est donc en principe recevable.

1.3 Dans la mesure où la recourante conclut à l'annulation de la décision de révision du 1^{er} mars 2019, le présent recours est toutefois irrecevable, étant donné l'effet dévolutif de l'opposition (cf. art. 56 LPG ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 2133 ; s'agissant du recours : cf. ATF 126 II 300 consid. 2a et 125 II 29 consid. 1c).

2.

La recourante prétend tout d'abord que l'autorité inférieure ne serait pas la seule autorité compétente en matière de contrôle *a posteriori* des heures de travail et que celle-ci ne saurait remettre en cause les prestations accordées par la caisse de chômage.

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).

2.2 L'octroi des indemnités se déroule en plusieurs phases. Il débute avec la procédure d'avis dans laquelle l'autorité cantonale examine si les conditions du droit à l'indemnité en cas d'intempéries requise par l'employeur sont réunies, notamment les conditions météorologiques durant les jours annoncés de perte de travail, l'existence des chantiers ainsi que la durée des travaux (cf. art. 45 LACI ; BORIS RUBIN,

Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014 [ci-après : commentaire], n° 1 ad art. 45 LACI). Elle rend une décision formelle (cf. art. 100 al. 1 LACI; BORIS RUBIN, Assurance-chômage et le service public de l'emploi, 2019, [ci-après : Assurance-chômage], n° 714 p. 146) et en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (cf. art. 45 al. 2 LACI). L'employeur fait ensuite valoir l'ensemble des prétentions à indemnité pour les travailleurs de son entreprise ou de son chantier (cf. art. 47 LACI). Lorsque toutes les conditions édictées par les art. 42 et 43 sont remplies et que l'autorité cantonale n'a soulevé aucune objection, la caisse rembourse à l'employeur les indemnités dues (cf. art. 48 al. 1 et 2 LACI).

2.3 Les travailleurs qui exercent leur activité dans les branches où les interruptions de travail sont fréquentes en raison des conditions météorologiques ont droit à l'indemnité en cas d'intempéries 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) et qu'ils subissent une perte de travail à prendre en considération (let. b) (cf. art. 42 al.1 LACI). Pour que la perte de travail soit prise en considération, il faut qu'elle soit exclusivement imputable aux conditions météorologiques (let. a) ; que la poursuite des travaux soit techniquement impossible en dépit de mesures de protection suffisantes, engendre des coûts disproportionnés ou ne puisse être exigée des travailleurs (let. b) ; et qu'elle soit annoncée par l'employeur conformément aux règles prescrites (let. c) (cf. art. 43 al. 1 LACI). Seuls des demi-jours ou des jours entiers sont pris en considération (art. 43 al. 2 LACI) et pour chaque période de décompte, un délai d'attente de trois jours au maximum, fixé par le Conseil fédéral, est déduit de la durée de la perte de travail (cf. art. 43 al. 3 LACI).

2.4 L'organe de compensation révise les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (art. 83 al. 1 let. d LACI). Lorsqu'il constate que les prescriptions légales ne sont pas appliquées ou ne le sont pas correctement, il donne à la caisse ou à l'autorité compétente les instructions nécessaires (art. 83a al. 1 LACI). En matière de contrôle auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision. La caisse est chargée de l'encaissement (art. 83a al. 3 LACI). L'organe de compensation 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 Conseil fédéral 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]). Il 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). Les prestations indûment touchées doivent être restituées (art. 95 al. 1 LACI en lien avec l'art. 25 LPGA) 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, 122 V 368 consid. 3 ; arrêt du TF C 115/06 du 4 septembre 2006 consid. 1.2 ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 2.3, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 4.1, B-6609/2016 du 7 mars 2018 consid. 5.1, B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 2 et B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 2 et les réf. cit.).

2.5 Sur le vu de ce qui précède, il sied de retenir que la caisse de chômage 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 nécessairement alors de toutes les informations nécessaires quant à 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 TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.2.3). Il appartient ensuite à l'organe de compensation administré par le SECO de procéder à des contrôles *a posteriori* auprès des employeurs, de vérifier sur place l'ampleur et le caractère contrôlable de la réduction de l'horaire de travail en cas d'intempéries ainsi que de réclamer la restitution des prestations perçues indûment. Il suit de là que l'autorité inférieure est compétente pour procéder à une inspection *a posteriori* et réviser la décision de l'octroi des indemnités entrée en force ainsi que réclamer la restitution des prestations indûment versées. Autre est toutefois la question de savoir si les conditions de restitution sont réunies en l'espèce ; cette question sera examinée plus loin (cf. *infra* consid. 4).

3.

La recourante conteste ensuite l'application stricte des règles relatives à la contrôlabilité du temps de travail en cas de réduction de l'horaire de travail dans le domaine de l'indemnité en cas d'intempéries.

3.1 L'art. 42 al. 3 LACI renvoie expressément à l'art. 31 al. 3 let. a LACI qui prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité 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. L'art. 46b al. 1 OACI précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise. De plus, la jurisprudence relative au droit à l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail s'applique également au droit à l'indemnité en cas d'intempéries pour lequel incombe en principe à l'employeur la même obligation de prouver la perte de travail (cf. arrêts du TF 8C_276/2019 du 23 août 2019 consid. 3.1, 8C_334/2013 du 15 novembre 2015 consid. 2, 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5, C 64/04 du 19 août 2004 consid. 2.1 et C 140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.2 ; arrêts du TAF B-664/2017 du 7 mars 2019 consid. 2.1, B-4689/2018 du 14 janvier 2019 consid. 2.2 et B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1)

3.2 La recourante avance en premier lieu que, d'une part, selon l'art. 43 al. 2 LACI, seuls des demi-jours et des jours entiers sont pris en considération pour la perte de travail et que, d'autre part, le délai d'attente fixé par l'art. 43 al. 3 LACI se compte également en jours.

L'art. 43 al. 2 LACI tend à éviter que l'assurance-chômage n'intervienne dans les cas de très peu d'importance (cf. RUBIN, commentaire, n° 13 ad art. 43 LACI ; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], vol. XIV, Soziale Sicherheit, 2^e éd., n° 549 p. 2432). La perte de travail est d'un demi-jour lorsqu'elle est subie le matin ou l'après-midi ou lorsqu'elle atteint au moins 50% d'un jour entier de travail (cf. art. 66 al. 1 OACI). Est réputé jour entier de travail le cinquième de la durée normale du travail hebdomadaire (cf. art. 67 OACI). Les heures perdues annoncées par l'employeur ne sont donc indemnisées que dans la mesure où elles correspondent aux heures devant être accomplies au cours d'une matinée, d'un après-midi ou d'une demi-journée. C'est la perte de travail la plus proche des heures de travail non arrondies effectivement perdues qui détermine l'indemnisation (cf. C 11 du bulletin LACI INTEMP, marché du travail/assurance-chômage, éd. 2021). L'art. 43 al. 2 LACI a ainsi pour seul but de déterminer le seuil à partir duquel une perte de travail est indemnisée. Par ailleurs, au vu de la méthode de calcul de la perte de travail, il s'avère d'autant plus important que l'horaire de travail soit déterminable sans équivoque.

Quant à l'art. 43 al. 3 LACI, il a pour but de fixer la durée maximale du délai d'attente que l'employeur doit assumer financièrement ; ces délais d'attente ont par ailleurs été harmonisés avec ceux prévus dans le domaine de l'indemnité en cas de RHT (cf. Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, FF 2001 2123, p. 2164 ; RUBIN, commentaire, n° 15 ad art. 43 LACI). Par

conséquent, la recourante ne saurait prétendre sur la base de cette disposition que les règles en lien avec la contrôlabilité du temps de travail en cas de RHT ne seraient pas applicables dans le domaine de l'indemnité en cas d'intempéries et que cela la dispenserait de disposer d'un système de contrôle de l'horaire de travail précis.

3.3 La recourante prétend encore que les travailleurs qui subissent une interruption de travail en raison d'intempéries n'ont pas l'obligation de timbrer en application de l'art. 72 OACI auquel renvoie l'art. 49 al. 2 LACI mais que seule l'autorité cantonale pourrait ordonner un contrôle par timbrage en cas de RHT en application de l'art. 40 al. 2 LACI.

Selon la jurisprudence constante en matière de moyens de contrôle de temps de travail dans le domaine de RHT, l'horaire de travail peut être vérifié non seulement au moyen de cartes de timbrage, mais aussi par des rapports sur les heures ou sur les déplacements accomplis, ainsi que par le biais de toute autre pièce attestant cet horaire (cf. arrêt du TAF B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.3 et les réf. cit.). En l'occurrence, il n'est nullement reproché à la recourante de ne pas avoir un système de timbrage mais uniquement que la perte de travail alléguée n'est pas suffisamment vérifiable.

3.4 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, les règles relatives au caractère contrôlable de la perte de travail en cas de RHT s'appliquent également dans le domaine de l'indemnité en cas d'intempéries. Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4.

En l'espèce, l'autorité inférieure a ordonné la restitution de la somme de Fr. [...] correspondant à des indemnités pour cause d'intempéries indûment versées, pour le motif que la recourante ne disposait pas d'un système de contrôle de l'horaire de travail.

4.1 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. arrêts du TF 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3 *in fine*, 8C_334/2013 du 15 novembre 2013 consid. 2 *in fine*, 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5 et C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019

consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.2, B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 3.1, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1, B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 4.1, B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 3 et B-7901/2007 du 10 novembre 2008 consid. 4.3.3; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^e éd., [ci-après : survol], p. 490 et réf. cit.). Aussi, 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 TF 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3, C 86/01 du 12 juin 2001 consid.1 et C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.2, B-1737/2014 du 16 décembre 2014 consid. 3.1, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1 et B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 4).

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 (par exemple des rapports hebdomadaires ou des renseignements donnés par les employés concernés ; cf. arrêt du TF C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1 ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.3, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1, B-2909/2012 du 3 septembre 2013 consid. 6.1 *in limine* et 6.1 *in fine*, B-3083/2012 du 20 août 2013 consid. 3.2 et B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.1 et les réf. cit.). 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 ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1 et B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours DFE du 1^{er} juin 2005, in : Revue du droit du travail et assurance-chômage [DTA] 2005 p. 283 consid. 4.3 ; THOMAS NUSSBAUMER, op.cit., p. 2315 ; RUBIN, survol, p. 486). 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 ; arrêts du TAF B-1829/2016 du 10 octobre 2017 consid. 5.1.1 et 5.1.2, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1,

B-8093/2010 du 16 juin 2011 consid. 3 et B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 3.1).

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 ; RUBIN, survol, p. 490). 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*, 4^e 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 et les réf. cit.), ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise (cf. arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-1829/2016 du 10 octobre 2017 consid. 5.1.1 et 5.1.2, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1, B-3364/2011 du 14 juin 2012 consid. 4.3-4.3.3 et les réf. cit. et B-7902/2007 du 24 juin 2008 consid. 6.2.2).

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. arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.1, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 3.1.5, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.1, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 5.1, B-3996/2013 du 27 mai 2014 consid. 6.1.1 *in fine*, B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.1, B-2909/2012 du 3 septembre 2013 consid. 6.1 *in fine* et B-3083/2012 du 20 août 2013 consid. 3.2 et les réf. cit.).

4.2

4.2.1 La recourante fait tout d'abord valoir qu'un contrôle précis des heures aurait été difficile à mettre en place et que cela s'avérerait lourd et onéreux ainsi que nuirait à sa compétitivité.

4.2.2 En l'espèce, la recourante se contente d'alléguer que la mise en place d'un système de contrôle du temps de travail pourrait lui porter préjudice ; elle n'apporte toutefois aucun élément concret permettant de le démontrer. Or, la contrôlabilité de la perte de travail relève d'une des

conditions au droit à l'indemnité que ce soit en cas de RHT ou d'INT (cf. *supra* consid. 3.1). Si cela requiert une certaine rigueur de la part de l'entreprise bénéficiaire de l'indemnité, on ne saurait y voir une difficulté susceptible de nuire à sa compétitivité. De plus, il ressort de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4.1) que le contrôle de l'horaire de travail peut s'effectuer manuellement sous format papier et qu'il n'est pas indispensable de disposer d'une timbreuse mécanique ou d'un système de contrôle électronique.

4.3 La recourante avance ensuite que les prestations n'auraient pas été perçues de manière indue ; si des tricheries partielles ou généralisées avaient été découvertes, une plainte pénale aurait été formée et des mesures administratives prises.

En l'espèce, l'absence de sanction pénale ou mesure administrative ne permet en aucun cas de démontrer l'existence d'un système de contrôle d'horaires de travail conforme aux exigences en la matière. En effet, il sied de rappeler que l'objet du présent litige porte sur la question de savoir si les conditions de l'octroi des indemnités sont remplies, en particulier si la perte de travail est suffisamment contrôlable. L'existence de comportements tels que ceux incriminés par les art. 105 et 106 LACI et qui relèvent de la compétence des autorités pénales cantonales (cf. art. 79 al. 2 LPG), de même que le prononcé de sanctions administratives au sens de l'art. 88 al. 2^{ter} LACI ne sont pas nécessaires pour admettre le défaut d'un tel contrôle.

4.4 La recourante argue enfin qu'il serait arbitraire de procéder à des correctifs seulement pour deux de ses employés et non à l'ensemble de ses collaborateurs.

En l'espèce, des adaptations ont été apportées aux prestations de deux employés pour tenir compte des jours de vacances pris qui n'étaient pas annoncés dans le rapport concernant les heures perdues pour cause d'intempéries transmis à la caisse de chômage. S'agissant des autres collaborateurs, aucune correction n'a été apportée.

Comme le relève à juste titre l'autorité inférieure, la situation des employés bénéficiant du correctif diffère de celle de leurs collègues. En effet, leur interruption de travail pour cause d'intempéries porte sur tout le mois de janvier 2017, de sorte qu'il est possible de déduire les jours de vacances qui n'étaient pas annoncés dans le rapport concernant les heures perdues pour cause d'intempéries. Quant aux autres employés, leur interruption ne

concerne que des périodes allant du 1^{er} au 17 février 2017 ou du 3 au 27 janvier 2017 ; il est donc impératif pour l'employeur en ce qui les concerne d'avoir un système de contrôle du temps de travail afin de pouvoir vérifier l'exactitude et l'ampleur des heures perdues en raison des conditions météorologiques durant les mois en question.

4.5 Pour le reste, la recourante se contente d'opposer sa propre appréciation à celle de l'autorité inférieure ; elle n'apporte aucun élément objectif permettant de retenir que les documents produits devant celle-ci sont suffisants pour établir le temps de travail des collaborateurs.

4.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours est également infondé sur ce point et doit être rejeté.

5.

En tant que la recourante soutient qu'elle a apposé sa signature dans le feu de l'action sur le document « Documents vérifiés » sans connaissance des conséquences et qu'elle n'a pas pu s'entretenir avec son personnel lors du contrôle, son argument tombe à faux. En effet, il ressort dudit document, confirmé et signé par la recourante, qu'il n'y avait pas de décomptes horaires ni de rapports de chantier pour la période de janvier et février 2017. De plus, il y est indiqué que les documents manquant ne se trouvaient pas ailleurs, notamment chez une fiduciaire ou dans d'autres locaux, dès lors que ceux-ci n'avaient pas été établis. En outre, la recourante n'avait fait savoir à aucun moment qu'elle aurait souhaité s'entretenir avec son personnel ou qu'elle aurait des questions relatives au contrôle. De surcroît, le tribunal précise qu'il ressort expressément dudit document que *« le/la soussigné/e confirme, par signature valable, l'exactitude des déclarations susmentionnées. Il/elle prend connaissance que les documents remis après le contrôle effectué dans l'entreprise, qui seraient en contradiction avec les documents vérifiés, ne pourront plus être pris en considération pour apprécier la légitimité des prestations touchées. De même, les documents remis ultérieurement ne sauraient remédier à l'inexistence d'un enregistrement du temps de travail constatée lors du contrôle dans l'entreprise »*, de sorte que la recourante était libre de refuser de signer ledit document si elle estimait que celui-ci ne reflétait pas la réalité ou qu'elle avait des doutes y relatifs. Par ailleurs, il y a lieu de relever que l'administrateur a pu bénéficier de quelques jours supplémentaires pour confirmer et signer ledit document.

6.

La recourante reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir auditionné des tiers en qualité de témoins qui, selon elle, permettraient de reconstituer les heures travaillées ; elle y voit une constatation inexacte et incomplète des faits. A cela s'ajoute que si celle-ci envisageait de renoncer à l'audition de témoins, elle aurait dû l'interpeler au préalable, sous peine de violation du droit d'être entendu.

6.1 Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Par ailleurs, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3, 135 II 286 consid. 5.1 et 127 III 576 consid. 2c ; arrêt du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 4.1 et 7.1, B-506/2010 du 19 décembre 2013 consid. 4.1 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'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 l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1, 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc *in fine*, 124 I 208 consid. 4a et les réf.cit. ; arrêts du TAF B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 *in fine* et B-5566/2012 du 18 novembre 2013 consid. 7.1).

6.2 Selon une jurisprudence bien établie, 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 Tribunal fédéral 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 4.2.2, C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; arrêts du TAF B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 7.2, B-2601/2017 du 22 août 2018 consid. 5.3, B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 7.2.2, B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 *in fine*, B-1156/2013 du 26 septembre 2013 consid. 3.4, B-3939/2011 du 29 novembre 2011 consid. 5.2, B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 6.1 et B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3).

6.3 En l'espèce, il ressort du document « Documents vérifiés », confirmé et signé par la recourante, que cette dernière ne possédait pas de système

de contrôle d'horaires de travail permettant de constater sans équivoque les heures perdues en raison d'intempéries, de sorte que, sur le vu de la jurisprudence précitée, c'est à juste titre que l'autorité inférieure a renoncé à l'audition des témoins. De surcroît, dans la mesure où ce refus ne prête nullement flanc à la critique, on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure une quelconque violation du droit d'être entendue de la recourante en tant qu'elle ne l'a pas expressément interpellé à ce sujet.

7.

La recourante prétend encore que la restitution des prestations perçues risquerait de la conduire à la faillite, ce d'autant plus dans un contexte de pandémie COVID-19 ; elle requiert ainsi à ce que le montant réclamé soit remis au moins partiellement. Elle indique en outre qu'« on pourrait songer aussi à une audience de conciliation ».

7.1 Selon l'art. 25 al. 1 LPGa, la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Ces deux conditions de la remise sont cumulatives. Mis à part le cas où les conditions sont manifestement réunies et la remise accordée d'office, celle-ci intervient sur requête. Dite requête doit être déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution à la caisse de chômage qui a versé les prestations indues, qui doit ensuite la soumettre à l'autorité cantonale du canton dans lequel l'intéressé était domicilié lorsque la décision de restitution lui a été notifiée. Le SECO n'est pas habilité à statuer sur une demande de remise (cf. art. 3 et 4 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA, RS 830.11], art. 95 al. 3 LACI en lien avec l'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, C 264/05 du 25 janvier 2006 consid. 2, C 79/05 du 28 septembre 2005 consid. 4.3).

7.2 En l'espèce, il appert que la décision de l'autorité inférieure ne concerne que le caractère fondé ou non de la prestation ainsi que la restitution de la somme versée. Ainsi, il n'appartient pas au tribunal de céans de trancher la question d'une éventuelle remise, laquelle doit faire l'objet d'une procédure distincte devant l'autorité cantonale compétente et sort dès lors du cadre du présent litige. Il s'ensuit que la demande de la recourante n'est pas recevable.

7.3 Quant à la proposition portant sur une audience de conciliation – à supposer qu'il s'agisse là d'une requête formelle – il n'y a pas lieu de

donner suite dès lors qu'elle se réfère à la demande de remise irrecevable (cf. *supra* consid. 7.2)

8.

La recourante sollicite enfin la tenue d'une audience en application de l'art. 40 al. 2 LTAF afin d'entendre des témoins et d'auditionner les parties et la Caisse de chômage.

8.1 L'art. 40 al. 1 LTAF prévoit que si l'affaire porte sur des prétentions à caractère civil ou sur une accusation en matière pénale 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], le juge instructeur ordonne des débats publics, pour autant qu'une partie le demande ou qu'un intérêt public important le justifie. Selon l'art. 40 al. 2 LTAF, le président de la cour ou le juge unique peut ordonner des débats publics dans d'autres affaires.

8.2 L'obligation d'organiser des débats publics suppose une demande formulée de manière claire et indiscutable. Une requête de preuve (demande tendant à la comparution personnelle, à l'interrogatoire des parties, à l'audition de témoins ou à une inspection locale) ne suffit pas à fonder une telle obligation (cf. ATF 122 V 47 consid. 3a ; cf. arrêts du TF 8C_964/2012 du 16 septembre 2013 consid. 3.2 et 5A_306/2013 du 15 juillet 2013 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 8.4).

8.3 En l'espèce, la recourante sollicite la tenue d'une audience « pour le cas où l'autorité de céans ne peut se faire immédiatement une conviction du bien-fondé du présent recours, [...], aux fins d'y faire entendre des témoins et auditionner les parties et la Caisse de chômage ». Une telle formulation indique clairement qu'il s'agit là d'une réquisition de preuve et non d'une demande de débats publics. Il s'avère en effet que la recourante souhaite essentiellement contribuer à l'établissement des faits de manière orale devant le tribunal. En outre, si elle demande la tenue d'une audience et désire être entendue par le tribunal, la recourante ne revendique nullement le caractère public de cette audience.

S'agissant des réquisitions de preuves, il y a lieu de les rejeter dès lors que l'audition des parties, comme celle des témoins et de la Caisse de chômage, ne sauraient pallier l'absence de documents propres à déterminer précisément l'horaire de travail (cf. consid. 6.2). De plus, la recourante a eu l'occasion de se déterminer à plusieurs reprises dans ses

différentes écritures et l'on ne saisit pas en quoi son audition serait en mesure d'ébranler la conviction du tribunal quant au caractère non contrôlable des heures indemnisées.

Il suit de là que la requête de la recourante tendant à l'audition des parties et de témoins doit être rejetée.

9.

Il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré comme insuffisamment contrôlables les pertes de travail invoquées et que, en conséquence, elle a exigé de la recourante la restitution des indemnités versées pendant la période de janvier à février 2017 pour un total de Fr. [...]. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté dans la mesure où il est recevable.

10.

Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 4'000.- ; ils seront compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà versée par la recourante, dès l'entrée en force du présent arrêt.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 4'000.- sont mis à la charge de la recourante et compensée par l'avance de frais, du même montant, déjà versée par celle-ci.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)
- à la Caisse de chômage du Y. _____ (en extrait)

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 28 mai 2021