



## Arrêt du 20 novembre 2023

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Jean-Luc Baechler, Pietro Angeli-Busi, juges,  
Lu Yuan, greffière.

---

Parties

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Maître Vincent Tattini,  
recourante,

contre

**Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,**  
Marché du travail / Assurance-chômage,  
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,  
représenté par Maîtres Isabelle Häner et  
Florian Brunner,  
Bratschi SA,  
Bahnhofstrasse 70, 8021 Zurich,  
autorité inférieure.

---

Objet

Restitution de prestations LACI.

**Faits :****A.**

X. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'entreprise ou la recourante) a perçu, pour la période du 17 mars au 30 avril 2020, des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail RHT (ci-après : RHT) de la part de la Caisse de chômage (...) (ci-après : la caisse de chômage).

Le 21 octobre 2021, le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : le SECO ou l'autorité inférieure) a mandaté la société (...) pour procéder au contrôle du bien-fondé de ces indemnités.

**B.**

Par décision sur révision du 27 mai 2022, le SECO a requis de l'entreprise de restituer à la caisse de chômage des prestations perçues indûment pour un montant de 89'939 fr. 10.-. En substance, il a relevé que les heures travaillées enregistrées dans le système de contrôle du temps de travail ont été modifiées *a posteriori* et qu'il n'était pas possible de déterminer l'ampleur de ces modifications. Il a également constaté qu'il n'existait pas de contrôle du temps de travail pour cinq employés. De plus, des heures perdues ont été revendiquées en raison de la RHT pour certains collaborateurs alors qu'ils étaient absents pour d'autres motifs. Il a ainsi retenu que l'entreprise ne disposait pas d'un système de contrôle du temps de travail qui permettait de justifier le bien-fondé des indemnités versées.

**C.**

Statuant sur opposition formulée par l'entreprise le 29 juin 2022, l'autorité inférieure l'a rejetée par décision du 28 juillet 2022. Elle a réitéré pour l'essentiel les motifs exposés dans sa décision sur révision. Elle a en particulier indiqué que les modifications apportées aux heures enregistrées dans le système de gestion de l'horaire de travail empêchaient de vérifier le temps de travail effectif des collaborateurs.

**D.**

Par écritures du 14 septembre 2022, la recourante interjette recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Elle présente les conclusions suivantes :

« Principalement :

Annuler la décision sur opposition du 28 juillet 2022 du SECO.

Annuler la décision sur révision du 27 mai 2022 du SECO.

Constater que X. \_\_\_\_\_ SA n'a pas perçu de prestations indues à hauteur de 89'939 fr. 10.-.

Subsidiairement,

Annuler la décision sur opposition du 28 juillet 2022 du SECO.

Annuler la décision sur révision du 27 mai 2022 du SECO.

Renvoyer la cause devant l'autorité inférieure pour instructions complémentaires et nouvelles décisions dans le sens des considérants à venir. »

A l'appui de ses conclusions, la recourante prétend tout d'abord que l'autorité inférieure aurait modifié le procès-verbal du contrôle du 21 octobre 2021 après la signature par son administrateur président. Elle lui reproche ensuite d'avoir violé son droit d'être entendue et d'avoir procédé à une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. Enfin, elle relève que les conditions menant à la restitution des prestations versées ne sont pas remplies, dès lors qu'elle dispose d'un système de contrôle du temps de travail permettant de vérifier pour chaque employé et pour chaque jour les heures travaillées et les heures perdues.

#### **E.**

Dans sa réponse du 5 décembre 2022, l'autorité inférieure prend les conclusions suivantes :

- « 1. Rejeter le recours du 14 septembre 2022 dans son intégralité dans la mesure où il est recevable.
2. Déclarer irrecevable la requête en constatation de la recourante (conclusion n° 4 du recours).
3. Subsidiairement, rejeter la requête en constatation de la recourante (conclusion n° 4 du recours).
4. Sous suite de frais et dépens. »

Elle conteste la violation du droit d'être entendue de la recourante et nie toute constatation inexacte et incomplète des faits. Elle indique que les relevés d'heures de la recourante ont subi des modifications *a posteriori* et que son système de contrôle du temps de travail ne permet pas de les suivre. Elle soutient ensuite que les conditions relatives à la restitution des indemnités versées sont remplies.

**F.**

Par réplique du 16 février 2023, la recourante confirme ses conclusions et réitère pour l'essentiel les arguments contenus dans son recours. Elle relève que les documents produits au dossier permettent précisément de démontrer la contrôlabilité du temps de travail de ses collaborateurs. Elle expose ensuite les raisons pour lesquelles elle a procédé à des modifications *a posteriori* des heures enregistrées dans le système de gestion du temps de travail. Elle ajoute qu'elle n'a pas pu se déterminer lors de la procédure d'opposition sur les documents transmis par l'autorité inférieure dans sa réponse, ce qui constituerait également une violation de son droit d'être entendue. Enfin, elle lui reproche de réclamer la restitution de l'intégralité des indemnités perçues, alors qu'en analysant les différents documents produits au dossier, un certain nombre d'heures perdues en raison de la RHT doit lui être reconnu.

**G.**

Dans sa duplique du 20 mars 2023, l'autorité inférieure réfute le grief de la violation du droit d'être entendu. Elle soutient ensuite que la recourante aurait violé son devoir de collaborer, dès lors que celle-ci n'a pas produit les éléments se rapportant aux modifications apportées aux relevés d'heures et que certaines modifications effectuées s'apparentent à de la falsification. Elle remet encore au dossier une nouvelle pièce intitulée « détails des prestations RHT selon l'extraction avec libellé (version antérieure aux modifications) ».

**H.**

Par déterminations du 20 avril 2023, la recourante maintient que les conditions de restitution des indemnités RHT ne sont pas remplies et conteste avoir violé son obligation de collaborer.

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 LPGA). 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 sur révision du 27 mai 2022, le présent recours est toutefois irrecevable, étant donné l'effet dévolutif de l'opposition (cf. art. 56 LPGA ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 2133 ; s'agissant du recours : cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2, 126 II 300 consid. 2a et la réf. cit.).

Quant à la conclusion tendant à constater que la recourante n'a pas reçu de prestation indue à hauteur de 89'939 fr. 10.-, force est de constater que la conclusion visant à annuler la décision entreprise présuppose nécessairement que la perception des indemnités est conforme au droit. Les conclusions en constatation étant subsidiaires (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.7 et la réf. cit. ; arrêt du TAF B-1979/2022 du consid. 2.1 et la réf. cit.), la conclusion constatatoire précitée s'avère ainsi irrecevable.

## **2.**

En l'espèce, l'autorité inférieure a ordonné la restitution de la somme de 89'939 fr. 10.- correspondant à des indemnités RHT indûment versées pour les mois de mars à avril 2020, dès lors que la recourante ne disposait pas d'un système de contrôle de l'horaire de travail fiable. L'objet du présent litige porte ainsi sur la question de savoir si la décision entreprise est conforme au droit.

## **3.**

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 (cf. art. 1a al. 1 LACI).

**3.1** L'art. 31 al. 1 LACI prévoit que les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), la perte de travail doit être prise en considération (art. 32 LACI) (let. b), le congé n'a pas été donné

(let. c), la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d). Selon l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b).

**3.2** Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA 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 (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 2.3.1 et les réf. cit.).

**3.3** L'organe de compensation révisé les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (cf. 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 (cf. 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 (cf. art. 83a al. 3 LACI).

#### **4.**

La recourante s'en prend tout d'abord au procès-verbal du contrôle du 21 octobre 2021.

**4.1** Elle soutient que l'autorité inférieure aurait ajouté un paragraphe audit procès-verbal après que son administrateur président l'a signé. Elle semble ainsi remettre en cause sa valeur probante.

**4.1.1** Le tribunal relève que la présente procédure est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 [PCF ; RS 273], applicable par renvoi de l'art. 44 al. 1 LTAF ; arrêts du TF 1C\_228/2009 du 31 août 2009 consid. 2.2 et 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait

reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. ATF 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêts du TF 2C\_709/2017 du 25 octobre 2018 consid. 3.3, 2C\_947/2014 du 2 novembre 2015 consid. 7.2.1 et les réf. cit.).

**4.1.2** En l'espèce, dans son courriel du 22 octobre 2021, soit le lendemain du contrôle, la recourante a fait part à l'autorité inférieure que le dernier paragraphe du procès-verbal aurait été ajouté après la signature par son administrateur président. De plus, les propos contenus dans ledit paragraphe ne correspondraient pas à ses déclarations. Elle a ainsi demandé la rectification de ce passage (cf. pce A.16 du recours). Dans sa réponse audit courriel, l'autorité inférieure a indiqué que les éléments du procès-verbal ne pouvaient pas être modifiés ultérieurement. Elle a ensuite expliqué que, lors du contrôle, elle s'était assurée que l'administrateur président avait bien compris le contenu dudit procès-verbal et était d'accord avec celui-ci. De plus, une copie du procès-verbal lui avait été remise à cette occasion (cf. pce A.16 du recours). Ce point n'est pas contesté par la recourante. Or, à la lecture de l'exemplaire du procès-verbal qu'elle a produit au dossier (cf. pce A.15 du recours), le tribunal constate que son contenu s'avère identique à celui remis par l'autorité inférieure (cf. pce 3 de la réponse ; pce 9 du dossier de la cause) ; ils contiennent tous les deux le passage supposément ajouté après la signature de l'administrateur président. De surcroît, on ne saisit pas comment il aurait été possible que le document ait été modifié à son insu et après la signature de son administrateur président dès lors que ledit document lui a été remis sur-le-champ. D'ailleurs, la recourante, qui n'a réagi que le lendemain, n'amène aucun autre élément permettant de soutenir son allégation. Ainsi, force est de constater qu'elle se limite à affirmer que l'autorité inférieure aurait modifié le contenu du procès-verbal ; elle n'apporte toutefois aucun moyen de preuve concret ou élément objectif pouvant le démontrer. Il suit de là que rien ne permet de mettre en doute la valeur probante du procès-verbal du contrôle du 21 octobre 2021 ni de prétendre qu'un paragraphe aurait été ajouté après la signature de l'administrateur président de la recourante.

Infondé, le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

**4.2** La recourante reproche ensuite à l'autorité inférieure d'avoir refusé de rectifier le dernier paragraphe du procès-verbal alors que celui-ci ne correspond pas à ses déclarations.

En l'espèce, comme relevé précédemment (cf. consid. 4.1.2), aucun élément au dossier ne permet de retenir une quelconque modification du procès-verbal à l'insu de la recourante. Cette dernière avait donc bien connaissance de l'intégralité du contenu du procès-verbal au moment du contrôle. Dans ces circonstances, si elle souhaitait apporter des précisions ou des corrections aux informations retranscrites, il lui appartenait de les formuler à ce moment-là. Or, rien n'indique qu'elle aurait entrepris de telles démarches ; elle ne le soutient d'ailleurs pas. Partant, dans la mesure où ce n'est que le lendemain du contrôle qu'elle a requis des modifications au procès-verbal, sa requête était tardive. Elle n'apporte pour le reste aucun élément permettant de démontrer que le procès-verbal ne retranscrivait pas correctement ce qui a été dit. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure a refusé de le modifier.

Mal fondé, le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

## **5.**

La recourante se plaint ensuite de la violation de son droit d'être entendue, sous plusieurs angles.

**5.1** Elle prétend qu'elle n'aurait pas pu se déterminer lors de la procédure d'opposition sur certains documents produits par l'autorité inférieure dans sa réponse devant le tribunal, à savoir le « comparatif des heures perdues selon les divers récapitulatifs des heures perdues et/ou extractions du contrôle du temps de travail » (pce 4) et les « détails des prestations RHT selon l'extraction avec libellé » (pce 5).

L'autorité inférieure rétorque que ces documents font partie intégrante du dossier de la cause et qu'ils étaient consultables tout au long de la procédure.

**5.1.1** Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 145 I 167 consid. 4.1, 143 V 71 consid. 4.1 et les réf. cit.).

Le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier est concrétisé, s'agissant de la procédure administrative, aux art. 26 ss PA.

Aux termes de l'art. 26 al. 1 PA, la partie ou son mandataire a le droit de consulter les pièces relatives à la procédure la concernant au siège de l'autorité appelée à statuer ou à celui d'une autorité cantonale désignée par elle, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas une charge de travail excessive pour l'autorité (cf. ATF 131 V 35 consid. 4.2) ; cela comprend notamment tous les actes servant de moyens de preuve (let. b). Il appartient aux parties de formuler une requête en ce sens, l'autorité inférieure n'étant pas tenue de les inviter spontanément à consulter les pièces (cf. arrêt du TAF B-4513/2021 du 13 janvier 2022 consid. 4.1; WALDMANN/OESCHGER, in : Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 3<sup>ème</sup> éd., [ci-après : Praxiskommentar], art. 26 PA n° 71 et les réf. cit. ; STEPHAN C. BRUNNER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2<sup>ème</sup> éd., [ci-après : VwVG Kommentar], art. 26 PA n° 44 et la réf. cit.).

**5.1.2** Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (cf. ATF 148 IV 22 consid. 5.5.2, 145 I 167 consid. 4.4 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-5335/2022 du 24 août 2023 consid. 4.2).

**5.1.3** En l'espèce, le tribunal constate tout d'abord que le « comparatif des heures perdues selon les divers récapitulatifs des heures perdues et/ou extractions du contrôle du temps de travail » (pce 4) et les « détails des prestations RHT selon l'extraction avec libellé » (pce 5) transmis par l'autorité inférieure dans sa réponse correspondent aux pièces 10 et 11 du dossier de la cause. Il relève ensuite que la recourante n'a pas formulé de requête visant à consulter les pièces du dossier lors de la procédure d'opposition ; elle ne le prétend d'ailleurs pas. Or, une telle demande lui incombe, l'autorité n'étant pas tenue de l'inviter spontanément à consulter les pièces (cf. consid. 5.1.1). Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure d'avoir refusé l'accès au dossier à la recourante et d'avoir violé son droit d'être entendue.

Mal fondé, le grief doit dès lors être rejeté.

Par surabondance, même à supposer qu'une violation du droit d'être entendu dût être reconnue sur ce point, ladite violation s'avérerait de toute façon guérie par la présente procédure de recours dans la mesure où la recourante a pu prendre connaissance de ces documents au cours de la procédure devant le tribunal et se déterminer à leur sujet.

**5.2** La recourante soutient ensuite que l'autorité inférieure aurait omis d'administrer les relevés d'heures détaillés des collaborateurs pour les mois de mars et avril 2020 qu'elle a produits lors du contrôle du 21 octobre 2021 (pces A.11 et A.13 du recours). Elle avance que ni la décision sur révision du 27 mai 2022 ni celle sur opposition du 28 juillet 2022 ne s'est référée auxdits documents, alors qu'ils sont de nature à démontrer l'existence d'un système de contrôle du temps de travail. De plus, l'autorité inférieure n'a pas exposé les raisons pour lesquelles ces pièces ne seraient pas pertinentes.

En l'espèce, à la lecture de l'argumentaire de la recourante, force est de constater que, nonobstant le grief en lien avec la violation du droit d'être entendue, celle-ci ne s'en prend pas à l'absence de l'administration des moyens de preuve mais reproche en réalité à l'autorité inférieure de ne pas avoir examiné les différents documents précités. Cet élément – qui ne relève pas de la violation du droit d'être entendu – fera l'objet d'une analyse ci-après sous l'angle du grief de la constatation incomplète et/ou inexacte des faits (cf. consid. 6).

**5.3** La recourante reproche encore à l'autorité inférieure ne pas avoir procédé à son interrogatoire au sujet de la production des extractions des *timesheets*.

**5.3.1** Comme relevé ci-dessus (cf. consid. 5.1.1), le droit d'être entendu comporte le droit de faire administrer des preuves. Cependant, conformément à l'art. 33 PA, l'autorité décide librement de l'administration des preuves des faits pertinents. Elle peut 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 145 I 167 consid. 4.1 et les réf. cit. ; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2011, p. 296 ss; PATRICK SUTTER, in: VwVG Kommentar, art. 33 PA n<sup>os</sup> 1).

**5.3.2** En l'espèce, la décision entreprise expose que « le système de contrôle du temps de travail disponible dans l'entreprise consiste en une extraction du logiciel de gestion des heures utilisé par les collaborateurs. Lors du contrôle seul un récapitulatif des heures perdues a été mis à disposition. La comparaison avec les heures perdues transmises à la caisse de chômage a démontré un grand nombre de différences. Le responsable de l'entreprise, [...] a expliqué avoir procédé à des

corrections, [...]. L'employeur n'a pas été en mesure de présenter les documents à la base de l'établissement des formulaires [Demande et décompte d'indemnité en cas de RHT] ni quelles ont été les corrections apportées. L'opposante ne conteste d'ailleurs pas que les heures perdues transmises à la caisse de chômage diffèrent des heures perdues issues de l'extraction du contrôle du temps de travail obtenue lors du contrôle. Ainsi, il est certain que la dénomination de certaines heures travaillées a été modifiée après la transmission des formulaires [Demande et décompte d'indemnité en cas de RHT] à la caisse de chômage. Que tout ou partie des heures administratives (non facturables) aient été inscrites par erreur ou non sous la prestation [RHT], il n'en demeure pas moins qu'en procédant de la sorte, l'entreprise a jeté le doute sur l'authenticité du système de contrôle du temps de travail et rendu impossible la contrôlabilité des heures perdues [...]. Par conséquent, c'est sans conteste que de nombreuses erreurs et contradictions ont été relevées lors du contrôle et que certaines heures perdues ont été modifiées après l'envoi du formulaire à la caisse de chômage. Sur le vu de ce qui précède, nous retenons que les arguments avancés ne sont pas pertinents et ne peuvent pallier le fait que la contrôlabilité du temps de travail n'a pas pu être réalisée. Il subsiste l'impossibilité d'établir et de vérifier les heures travaillées [...], les heures chômées et les absences. Ce qui rend de fait la perte de travail incontrôlable ».

Sur le vu de ce qui précède, quand bien même l'autorité inférieure n'a pas expressément indiqué qu'elle rejetait la mesure d'instruction requise par la recourante, on pouvait aisément déduire de la motivation de la décision attaquée qu'elle renonçait à de telles mesures, dès lors que les éléments au dossier étaient suffisants pour forger sa conviction quant au sort du litige. Ainsi, en procédant à une appréciation anticipée des moyens de preuve, elle n'a pas violé le droit d'être entendue de la recourante. Autre est toutefois la question de savoir si elle a correctement établi les faits pertinents de la présente cause et si pour ce faire, elle eût dû entendre la recourante, question qui sera examinée plus loin (cf. consid. 7).

## **6.**

La recourante prétend que l'autorité inférieure aurait procédé à une constatation inexacte et incomplète des faits.

**6.1** Aux termes de l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer notamment la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. La constatation des faits effectuée par l'autorité compétente se révèle incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour

la décision n'ont pas été pris en compte. Elle est inexacte lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, par exemple parce qu'elle a à tort nié le caractère pertinent d'un fait, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple (cf. ATAF 2014/2 consid. 5.1 et 2007/37 consid. 2.3 ; arrêt du TAF B-5441/2017 du 1er octobre 2018 consid. 2.2.2 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd. 2015, p. 566). Sont déterminants au sens de la disposition précitée les faits décisifs pour l'issue du litige (cf. BENJAMIN SCHINDLER, in : VwVG Kommentar, art. 49 PA n° 30). Le point de savoir si un fait se révèle décisif est une question de droit (cf. ATF 136 I 184 consid. 1.2 et 122 II 17 consid. 3 ; arrêt du TAF B-5755/2020 du 28 octobre 2021 consid. 5 et la réf. cit.; ZIBUNG/HOFSTETTER, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49 PA n° 36 et les réf. cit.).

**6.2** La recourante avance que l'autorité inférieure a ignoré les documents tels que les extractions des *timesheets* pour les mois de mars et avril 2020 (pces A.11 et A.13 du recours) et les tableaux récapitulatifs des heures perdues y relatifs (pces A.10 et A.12 du recours). Elle soutient que ni la décision sur révision ni la décision sur opposition ne les a mentionnés alors qu'ils permettent précisément d'établir l'existence d'un système de contrôle du temps de travail.

En l'espèce, s'agissant des extractions des *timesheets*, le tribunal constate que le procès-verbal du 21 octobre 2021 les a expressément citées comme documents vérifiés lors du contrôle (cf. pce A.15 du recours). La décision sur révision les a, quant à elle, évoquées à son point 1.6 aux termes suivants : « l'extraction du contrôle du temps de travail obtenu lors du contrôle n'a pas permis d'identifier les collaborateurs concernés ». Quant à la décision sur opposition, celle-ci a indiqué à sa page 3 que « l'opposante ne contest[ait] d'ailleurs pas que les heures perdues transmises à la caisse de chômage [différait] des heures perdues issues de l'extraction du contrôle du temps de travail obtenue lors du contrôle ». Quant aux tableaux récapitulatifs des heures perdues pour les mois de mars et avril 2020, l'autorité inférieure les a mentionnés tant dans sa décision sur révision que dans sa décision sur opposition (cf. (« un récapitulatif des heures perdues nous a été remis » cf. pt. 1.6 de la décision sur révision, « un récapitulatif des heures perdues a été mis à disposition » p. 2 de la décision sur opposition). De surcroît, il sied de relever que, afin de détecter les divergences et incohérences dans le contrôle et la saisie du temps de travail de la recourante, l'autorité inférieure a en particulier établi un tableau comparatif des heures perdues (cf. pce 4 de la réponse,

pce 11 du dossier de la cause). Ce dernier se fonde précisément sur les documents tels que les extractions des *timesheets*, les tableaux récapitulatifs des heures perdues pour les mois de mars et avril 2020 remis à la caisse de chômage ainsi que ceux produits lors du contrôle. Partant, contrairement à ce que prétend la recourante, l'autorité inférieure a dûment examiné lesdits documents. Autre est toutefois la question de savoir si c'est à juste titre qu'elle a retenu qu'ils ne permettent pas d'établir la contrôlabilité du temps de travail, question qui sera analysée plus loin (cf. consid. 7).

**6.3** La recourante avance encore que la décision attaquée est fondée sur un état de fait incomplet. Elle soutient que celui-ci devrait être complété par ce qui suit : « au début du contrôle, [la recourante] a spontanément remis aux trois personnes un tableau récapitulatif des heures perdues pour la période concernée. Sur requête des contrôleurs, elle a par ailleurs fourni une extraction des *timesheets* des employés pour les mois de mars et avril 2020 ».

En l'espèce, le tribunal relève tout d'abord que, comme constaté précédemment (cf. consid. 6.2), les documents cités par la recourante ont été pris en compte par l'autorité inférieure dans ses décisions. Quant aux autres éléments que celle-là entend ajouter à l'état de fait, ils se rapportent au nombre de personnes présentes au moment du contrôle et le déroulement de celui-ci. Ainsi, dans la mesure où la question litigieuse porte sur le bien-fondé des indemnités perçues par la recourante, en particulier si cette dernière dispose d'un système de contrôle du temps de travail fiable (cf. consid. 7), on peine à voir en quoi ces éléments seraient décisifs pour la présente cause ; la recourante n'apporte dans tous les cas aucun élément permettant de le démontrer.

**6.4** Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que rien ne permet de déduire une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents par l'autorité inférieure. Partant, mal fondé, le grief de la recourante doit être rejeté.

## 7.

La recourante se plaint d'une violation des art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b OACI. Elle soutient que les heures perdues seraient suffisamment contrôlables, de sorte que les conditions de restitution ne seraient pas remplies. Elle se prévaut pour ce faire des divers documents produits au dossier.

## 7.1

**7.1.1** Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils remplissent les conditions décrites à l'art. 31 al. 1 let. a à d LACI. Selon l'art. 31 al. 3 let. a LACI, les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. L'art. 46b OACI précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1) ; il impose en outre à l'employeur de conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2).

**7.1.2** 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). Ainsi, l'entreprise doit être en mesure d'établir, de manière précise et si possible indiscutable, à l'heure près, l'ampleur de la réduction donnant lieu à l'indemnisation pour chaque assuré bénéficiaire de l'indemnité. Un total des heures perdues à la fin du mois ne permet pas de rendre suffisamment contrôlable la perte de travail. Le fait de contrôler les présences et les absences n'est pas non plus suffisant, ceci même en cas d'horaire de travail fixe pratiqué dans une petite entreprise. 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 ultérieurement. En effet, l'établissement *a posteriori* d'horaires de travail ou la présentation de documents signés après coup par les salariés contenant les heures de travail effectuées n'ont pas la même valeur qu'un enregistrement simultané du temps de travail et ne satisfont pas au critère d'un horaire suffisamment contrôlable au sens de l'art. 31 al. 3 let. a LACI. Cette disposition vise à garantir que les pertes d'emploi soient effectivement vérifiables à tout

moment pour les organes de contrôle de l'assurance-chômage. Il s'agit d'une situation similaire à l'obligation de tenir une comptabilité commerciale (cf. art. 957 CO) (cf. arrêt du TF 8C\_699/2022 du 15 juin 2023 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêts du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 8.1.2, B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2 et les réf. cit.).

**7.1.3** Afin de tenir compte des difficultés causées par la pandémie de COVID-19, l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RS 837.033) assouplit certaines exigences en matière d'indemnités en cas de RHT. Le système n'en est pas pour autant fondamentalement modifié. Est ainsi maintenue l'obligation de procéder à un contrôle du temps de travail, prévue notamment par l'art. 46b OACI (cf. ATAF 2021 V/2 consid. 4.4.2, 4.6 et 4.10 ; arrêts du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 7 et B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.3.1).

**7.2** La recourante relève que les extractions des *timesheets* pour les mois de mars et avril 2020 (pces A.11 et A.13 du recours) ainsi que les tableaux récapitulatifs des heures perdues relatifs à ces mois (pces A.10 et A.12 du recours) permettent de démontrer l'existence d'un système de contrôle du temps de travail répondant aux exigences jurisprudentielles. De plus, en combinant ces documents avec les pièces 5 et 7 produites par l'autorité inférieure, il serait possible de déterminer l'ampleur exacte de sa perte du temps de travail.

**7.2.1** En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante utilise un système d'enregistrement de l'horaire de travail informatisé. Toutefois, il est également admis que les heures saisies dans ledit système ont subi des modifications *a posteriori*. En effet, la recourante a affirmé à plusieurs reprises que les données des relevés d'heures avaient dû être corrigées avant le contrôle du 21 octobre 2021, « dès lors que, d'une part, des heures avaient été revendiquées avant le 17 mars 2021 [sic] et que, d'autre part, à la suite d'une mauvaise communication interne, certains collaborateurs avaient inscrit sous prestation RHT des prestations relatives à du travail interne » (cf. p. 9 de la réplique, p. 3 des déterminations du 20 avril 2023). Or, selon la jurisprudence, les heures travaillées doivent non seulement 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 doivent pas non plus être modifiables ultérieurement sans que la modification ne soit mentionnée dans le système (cf. arrêt du TAF B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 4.1 et les réf. cit.). Cependant, les

relevés d'heures produits par la recourante ne contiennent aucune indication permettant d'identifier les modifications opérées ; celle-là ne le conteste d'ailleurs pas. Dans ces circonstances, il n'est possible de déterminer ni les timbrages corrigés ni leur ampleur. Il suit de là que, dans la mesure où les heures inscrites dans les relevés d'heures ont été modifiées sans que les corrections y soient expressément indiquées, on ne saurait s'y fier pour déterminer la perte de travail effective due à des raisons d'ordre économique.

Quant aux tableaux récapitulatifs des heures perdues élaborés par la recourante (pces A.10 et A.12 du recours), outre qu'ils ont été établis sur la base des relevés d'heures qui ont subi des modifications *a posteriori* (pces A. 11 et A.13 du recours), ils se limitent à indiquer le nombre d'heures quotidiennes perdues en raison de la RHT par employé et n'expose nullement les heures effectives de travail. Dans ces circonstances, ils ne satisfont pas aux exigences jurisprudentielles relatives à la contrôlabilité du temps de travail précitée (cf. consid. 7.1.2).

**7.2.2** S'agissant de la pièce 7 intitulée « détails des prestations RHT selon l'extraction avec libellé (version antérieure aux modifications) » produite par l'autorité inférieure dans sa duplique, celle-là explique que ce document consiste en la version complète des « détails des prestations RHT selon l'extraction avec libellé » (pce 5 de la réponse). Le tribunal constate que ce document présente les heures qui ont été revendiquées comme relevant de la RHT alors que, selon leur libellé, les collaborateurs concernés effectuaient des tâches professionnelles ou étaient absents pour d'autres motifs. La pièce 5 est, quant à elle, une synthèse conçue par l'autorité inférieure sur la base de la pièce 7 et expose pour chaque collaborateur les heures perdues qui ont été revendiquées comme étant de la RHT alors que leur libellé indique des activités ne relevant pas de celle-ci. Ces deux documents visent ainsi précisément à démontrer le manque de fiabilité du système de contrôle du temps de travail mis en place ; on ne voit donc pas en quoi ils permettent d'établir la contrôlabilité du temps de travail de la recourante. De plus, le tribunal rappelle qu'il appartient à l'employeur d'instaurer un système permettant de contrôler de manière fiable les heures travaillées et la perte effective du temps de travail causée par la RHT. Celui-ci ne peut donc se prévaloir d'un document établi par l'autorité ou des recherches effectuées par celle-ci après coup pour pallier son propre manquement à l'obligation du contrôle du temps de travail. Il suit de là que la recourante ne saurait rien déduire en sa faveur de ces documents.

**7.2.3** La recourante soutient encore qu'à l'appui des pièces 4 et 5 produites par l'autorité inférieure dans sa réponse, des indemnités pour réduction de l'horaire de travail de 690,01 heures pour le mois de mars 2020 et de 740,48 heures pour le mois d'avril 2020 auraient dû lui être reconnues.

En l'espèce, le nombre d'heures perdues revendiqué figure à la colonne C « total selon extraction transmise lors du contrôle » de la pce 4 (sur cette pièce, cf. consid. 6.2). Or, comme constaté précédemment (cf. consid. 7.2.1), ces extractions ne permettent justement pas de déterminer la perte de travail effective due à des raisons d'ordre économique. Quant à la pce 5, elle présente les incohérences détectées par l'autorité inférieure dans les relevés d'heures de la recourante (cf. consid. 7.2.2).

**7.3** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, les différents documents dont se prévaut la recourante ne permettent pas de retenir une contrôlabilité du temps de travail, au contraire, ils attestent le manque de fiabilité de son système. Partant, ils ne permettent pas d'établir, au sens de l'art. 31 al. 3 let. a LACI et de l'art. 46b OACI, l'ampleur véritable de la réduction du temps de travail donnant droit aux indemnités RHT. On ne saurait ainsi reprocher à l'autorité inférieure d'avoir requis leur restitution.

En outre, dans la mesure où il est impossible de vérifier le temps de travail effectif de l'ensemble des collaborateurs sujets à la RHT en raison du manque de fiabilité du système de contrôle du temps de travail mis en place, l'autorité inférieure est en droit d'exiger la restitution de l'intégralité des indemnités RHT versées (dans ce sens, voir ég. arrêt du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 9).

## **8.**

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 les périodes de mars et avril 2020 pour un total de 89'939 fr. 10.-. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

## **9.**

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. 5'000.- ; 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. 5'000.- sont mis à la charge de la recourante et compensés 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, à l'autorité inférieure et à la Caisse de chômage (...).

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 : 23 novembre 2023

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- à la Caisse de chômage (...) (en extrait ; recommandé)