Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-3424/2010

Arrêt du 6 avril 2011

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Eva Schneeberger, Frank Seethaler, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X._____,
représenté par Maître Hubert Theurillat, avocat,
recourant,

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.

A.a X._____ (ci-après : le recourant) exploite une entreprise individuelle, sise à G._____, qui a pour but, selon l'extrait du registre du commerce H._____, (…). Le 3 décembre 2009, le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : l'autorité inférieure) a procédé au contrôle du droit aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) et en cas d'intempéries versées au recourant durant les mois de janvier et mai à août 2007, mars 2008, ainsi que janvier et mars à avril 2009.

A.b Par décision du 5 janvier 2010, l'autorité inférieure a requis le recourant de lui restituer un montant de Fr. 49'140.65, correspondant à des prestations versées indûment pour les années 2007 à 2009, au motif que le recourant ne disposait d'aucun système de contrôle du temps de travail et que les pertes de travail revendiquées pour les deux employés S._____ et T._____ étaient incontrôlables. Relevant que le recourant lui avait indiqué lors de son contrôle que ses employés inscrivaient leurs heures de travail dans un agenda qu'il brûlait une fois qu'il était complet et que toutes les heures travaillées avaient été reportées dans le livre de paie, l'autorité inférieure a retenu qu'aucune perte de travail n'apparaissait toutefois dans ce livre durant les périodes indemnisées. L'autorité inférieure a ensuite fait valoir que ce livre de paie faisait mention d'une semaine d'absence de T._____ pour accident en mai 2007 alors que des indemnités RHT avaient été sollicitées pour cette période. D'autre part, des factures avec mention de bulletins de livraison avaient été recueillies dans le classeur "Facture 2007" pour la période de juin à août 2007 alors que le recourant percevait des indemnités pour un chômage partiel à 100%, ceci démontrant une activité dont l'ampleur n'était pas définissable. En outre, pour la période du 21 mai au 31 août 2007, alors que l'autorité cantonale avait limité l'indemnisation en cas de RHT jusqu'à un taux de perte de 60%, le recourant avait été indemnisé à un pourcentage supérieur.

L'autorité inférieure a considéré que le livre de paie et les formulaires "Rapport concernant les heures perdues" adressés à la caisse de chômage ne remplaçaient pas un contrôle du temps de travail authentique et qu'à défaut d'un tel système et de documents, tels les agendas, qui auraient pu justifier que les heures chômées avaient été indemnisées à bon droit, il était impossible de procéder à une vérification. Elle a ajouté que, sur la base des documents fournis par le recourant (période d'accident notée dans le livre de paie, classeurs dans lesquels figurent les bons de livraisons et les factures), on devait même conclure que des indemnités RHT et pour cause d'intempéries avaient été injustement perçues dans une

mesure non quantifiable. Il a enfin relevé que le droit aux indemnités étant nié, l'analyse et l'examen concernant la limite d'indemnisation jusqu'au taux de perte accordé par l'autorité cantonale ne se posait plus.

A.c Le 3 février 2010, le recourant a formé opposition contre cette décision devant l'autorité inférieure. Confirmant le contenu de ses décomptes de RHT et d'intempéries pour les années 2007 à 2009, il a fait valoir que ces périodes correspondaient bien à des heures chômées, que c'était ainsi à juste titre qu'il avait perçu des indemnités et qu'il était excessif de lui en demander le remboursement intégral. Il était même question de formalisme excessif et d'abus de droit vu sa bonne foi.

Après avoir pris connaissance du dossier de l'autorité inférieure, le recourant a déposé un mémoire ampliatif le 15 mars 2010. Il a relevé avoir toujours rempli les formulaires concernant les heures perdues pour cause d'intempéries sur la base des rapports qu'établissaient ses collaborateurs mais avoir détruit ces rapports journaliers une fois les formulaires remplis. Ajoutant qu'il n'en demeurait pas moins que les formulaires adressés à l'assurance-chômage étaient conformes à la réalité et qu'ils ne sauraient être remis en question, il a requis l'audition de ses deux collaborateurs en qualité de témoins. Afin de démontrer sa bonne foi, il a également produit deux courriers des 1er mars 2007 et 4 avril 2008 desquels il ressortait en substance que des travaux n'avaient pu être réalisés en janvier 2007, respectivement en mars 2008 en raison de la météorologie. Quant aux factures d'achat de matériaux concernant la période de juin à août 2007, il a indiqué que les dates ne correspondaient pas nécessairement à l'exécution des travaux, que de la marchandise pouvait être acquise à un moment donné et utilisée ultérieurement, ceci étant peut-être dû aux conditions météorologiques ou au retard pris par un chantier. Enfin, il a produit une attestation de la SUVA du 10 février 2010 selon laquelle aucune prestation d'assurance n'avait été allouée à T._____ pour la période du 21 mai au 25 mai 2007.

A.d Par décision du 6 avril 2010, l'autorité inférieure a rejeté dite opposition. Elle a en substance considéré que ces arguments et les nouvelles pièces produites ne permettaient pas de pallier l'inexistence constatée d'un système de contrôle du temps de travail et qu'il subsistait l'impossibilité d'établir et de vérifier, pour les mois durant lesquels le recourant avait fait valoir une perte de travail, les heures travaillées (y compris les heures supplémentaires) et les heures chômées, ce qui rendait la perte de travail réelle incontrôlable. Elle a enfin retenu que les formulaires destinés à l'assurance-chômage remplis chaque mois par le recourant ne remplaçaient pas un vrai contrôle du temps de travail.

B.
Par mémoire du 11 mai 2010, le recourant a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à son annulation. Reprenant pour l'essentiel les arguments déjà développés devant l'autorité inférieure, il fait en substance valoir qu'une réduction de travail a effectivement eu lieu en raison d'intempéries et que les rapports destinés à la caisse de chômage sont conformes à la réalité. Admettant avoir détruit les rapports établis par son personnel quant aux heures travaillées et chômées, il relève toutefois être en mesure d'établir les périodes d'intempéries par l'audition de ses deux employés et ajoute que les diverses pièces qu'il a produites devant l'autorité inférieure sont propres à démontrer l'existence de réductions de travail dues à des intempéries.

C.
L'autorité inférieure a conclu au rejet du recours dans sa réponse du 9 août 2010 en renvoyant à la motivation de la décision attaquée.

D.
Le 22 septembre 2010, le Service O._____ du canton H._____ a transmis au Tribunal administratif fédéral une copie de sa décision du même jour adressée au recourant et dans laquelle il suspend la procédure de demande de remise de l'obligation de restituer la somme de Fr. 49'140.65 introduite par le recourant devant lui le 7 mai 2010 jusqu'à droit connu sur la procédure de recours pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

E.
Après avoir pris connaissance des dossiers produits par l'autorité inférieure, par la caisse de chômage UNIA à D._____ et la caisse de

chômage UNIA à Zurich, le recourant s'est encore exprimé par courrier du 30 novembre 2010. Il a fait remarquer que ces dossiers contenaient les rapports concernant les heures perdues pour cause d'intempéries relatifs aux employés S._____ et T._____, établis sur la base des rapports journaliers de ces derniers. Aussi, le recourant a fait valoir que, sur la base de ces rapports, il prouvait de manière sûre et certaine l'exactitude des heures perdues pour cause d'intempéries.

F.
Par courrier du 18 janvier 2011, l'autorité inférieure a relevé qu'il semblait y avoir confusion entre le temps de travail chômé et les heures travaillées. Elle a indiqué qu'elle souhaitait pouvoir établir et contrôler les heures travaillées et non pas uniquement les heures chômées. Or, elle a exposé que les rapports concernant les heures perdues pour cause d'intempéries ne pouvaient pas remplacer un contrôle du temps de travail authentique. Elle a en effet relevé que cette vérification du temps de travail permettait au recourant de justifier les heures effectivement travaillées et chômées lors d'un contrôle par un réviseur. Elle a encore ajouté qu'au moment de sa prise de décision, elle possédait lesdits rapports.

G.
Dans une lettre du 2 mars 2011, le recourant a rétorqué qu'il n'y avait absolument aucune confusion. Il a relevé que, sur les rapports concernant les heures perdues pour cause d'intempéries annexés à son courrier du 30 novembre 2010, il n'avait marqué que les périodes chômées pour cause d'intempéries. Les jours où rien n'était marqué étaient, soit des jours travaillés, soit des jours de vacances, soit des jours fériés.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (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 au recourant (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 (art. 11, 22a al. 1 let. a, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA).

Le recours est ainsi recevable.

2.

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).

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).

D'autre part, 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) (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) (art. 43 al. 1 LACI). Seuls des demi-jours ou des jours entiers sont pris en considération (art. 43 al. 2 LACI).

Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps de travail 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 du 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 rattrapage imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (art. 46 al. 2 et 66a al. 2 OACI).

L'art. 31 al. 3 let. a LACI, également applicable par renvoi de l'art. 42 al. 3 LACI, prévoit notamment 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 OACI précise que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1). L'employeur conserve les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2). 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 contrôles auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision. La caisse est chargée de l'encaissement (art. 83a al. 3 LACI). 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 OACI). 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 al. 1 LPGA). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 2 et réf. cit.).

> **2.2.** Les brochures de l'autorité inférieure "Info-Service, Information aux employeurs, Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" (éditions de janvier 2007 et janvier 2009) et «Info-Service, Information aux employeurs, Indemnité en cas d'intempéries» (éditions de janvier 2007 et avril 2009), qui satisfont aux conditions de l'art. 27 al. 1 LPGA quant à l'obligation de renseigner (arrêt du Tribunal fédéral [TF] 8C.375/2007 du 28 septembre 2007 consid. 2.2 ; arrêt du TAF B-7898/2007 du 13 mai 2008 consid. 4.2), tiennent compte des dispositions de la LACI et de l'OACI et donnent un aperçu des droits et des obligations des employeurs et des démarches à entreprendre en cas d'introduction d'une réduction de l'horaire de travail, respectivement en cas d'interruptions de travail imputables aux conditions météorologiques. Il y est notamment précisé que n'ont pas droit à l'indemnité, les travailleurs dont la perte de travail ne peut 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 n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du travail, une fois additionnées les heures de travail en plus (p. 2, 5, 8 et 9).

Les formulaires "Préavis de réduction de l'horaire de travail" et "Avis de l'interruption de travail pour cause d'intempéries", complétés, signés et renvoyés par l'employeur à l'autorité cantonale, renvoient expressément à ces brochures.

2.3. 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 (arrêts du Tribunal fédéral des assurances [TFA] C.273/2005 du 13 juillet 2005 consid. 5 et C.5/04 du 27 mai 2004 consid. 5.1) 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 (Revue du droit du travail et assurance-chômage [DTA] 2005 283 consid. 5).

3.

L'objet du litige consiste en l'espèce à déterminer si c'est à tort que l'autorité inférieure a exigé de la part du recourant la restitution d'un montant de Fr. 49'140.65 correspondant à des indemnités RHT et pour cause d'intempéries prétendument versées à tort pour janvier 2007, mai à août 2007, mars 2008, janvier 2009 et mars à avril 2009, au motif que la perte de travail se révélait insuffisamment contrôlable.

4.

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 (arrêt du TFA C.140/02 du 8 octobre 2002 consid. 3.2). 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 (arrêt du TFA C.86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2e éd., Zurich 2006, p. 490 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-7901/2007 du 10

novembre 2008 consid. 4.3.3). L'obligation de contrôle de la perte de travail par l'employeur résulte de la nature même de cette prestation d'assurance. Du moment où 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 (arrêt du TFA précité C 86/01 consid. 1 et arrêt du TFA C.367/99 du 12 mai 2000 consid. 1b).

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 (arrêt du TFA C.269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1). Il en va de même dans le cas de personnes percevant un salaire mensuel (arrêt du TFA précité C 140/02 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 (DTA 2005 283 consid. 4.3 ; THOMAS NUSSBAUMER in : Ulrich Meyer [Ed.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd., Bâle 2007, p. 2315 ; RUBIN, op. cit., p. 486 ; arrêt du TFA C.295/02 du 12 juin 2003 consid. 2.2). Les heures travaillées ne doivent ainsi pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (arrêts précités du TFA C.269/03 consid. 3.1 et du TAF B-7898/2007 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 (arrêt du TFA précité C.86/01 consid. 1 ; RUBIN, op. cit., p. 490). Un total des heures perdues à la fin du mois ne permet pas de rendre suffisamment contrôlable la perte de travail (ERWIN MURER/HANS ULRICH STAUFFER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3e éd., Bâle/Genève 2008, p. 181 et réf. cit.). De même, le fait de contrôler les présences et les absences ne suffit pas (arrêts précités du TFA C.140/02 consid. 3.3 et du TAF B-7901/2007 consid. 4.2).

5.

En substance, le recourant allègue avoir toujours complété les formulaires concernant les heures perdues pour cause d'intempéries sur la base des rapports qu'établissaient ses employés quant aux heures travaillées et chômées et fait valoir que ces formulaires sont conformes à la réalité. Il indique toutefois qu'il détruisait les rapports de son personnel une fois les formulaires destinés à l'assurance-chômage remplis. Dans son 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" établi le 3 décembre 2009 lors de son contrôle et dont le recourant a confirmé l'exactitude des déclarations en apposant sa signature, l'autorité inférieure a indiqué que les agendas des deux employés étaient brûlés après report des heures dans le livre de paie.

L'examen de ce livre de paie fait en l'espèce apparaître que le recourant y indiquait, sous forme manuscrite et pour chaque jour du mois, soit un total d'heures (en général 8 ou 8.5 heures), soit des mentions telles que "F" (jour férié), "O" (absences impayées) "Vacances" ou encore "Accident". Ces documents permettent ainsi uniquement de définir un total d'heures journalier ou mensuel pour chaque employé, sans toutefois renseigner plus avant sur les jours précis où une perte de travail a eu lieu et dans quelle proportion. Le recourant l'a d'ailleurs lui-même reconnu lorsqu'il a indiqué à l'autorité inférieure, lors de son contrôle, qu'il inscrivait dans ce livre les heures normales à effectuer, travaillées ou pas, car il devait calculer les charges sociales comme si la durée de travail était à 100%. Il en résulte que ces pièces ne peuvent à l'évidence être considérées comme un système d'enregistrement du temps de travail adéquat permettant un contrôle suffisant. Seuls les agendas tenus par les deux employés auraient pu satisfaire à cette exigence. Or, en détruisant ces documents qui constituaient la base des formulaires remis à la caisse, le recourant a rendu impossible toute vérification des heures de travail effectivement accomplies chaque jour par ses collaborateurs et, conséquemment, le contrôle de leur perte de travail journalière, compte tenu également de la compensation d'heures supplémentaires pendant chaque période de décompte (cf. arrêt du TAF B-188/2010 du 2 mars 2011 consid. 3.6).

Le cas d'espèce n'apparaît ainsi guère différent d'une affaire jugée par le Tribunal fédéral des assurances où la secrétaire d'une entreprise avait simplement reporté, sur les formules de l'assurance-chômage, l'horaire de présence manuscrit que le personnel concerné lui avait communiqué, ce document interne n'étant par la suite pas conservé (arrêt C.110/01 du 23 janvier 2002 consid. 4c et 4d ; voir également RUBIN, op. cit., p. 739). Eu égard aux dispositions applicables et aux informations qu'il avait reçues, le recourant pouvait et devait se rendre compte que le simple report, sur les formulaires à l'intention de l'assurance-chômage, des données fournies par ses employés dans leurs agendas respectifs, suivi de leur élimination, n'était pas propre à établir la perte de travail indemnisable.

Il est ainsi constant que le recourant n'a pas été en mesure de présenter à l'autorité inférieure, lors de son contrôle, des pièces propres à établir qu'il a procédé à un contrôle du temps de travail de ses employés au sens de l'art. 46b al. 1 OACI. En procédant de la sorte, le recourant a de surcroît failli à l'obligation qui lui était faite à l'art. 46b al. 2 OACI de conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans, exigence expressément rappelée dans les brochures "Info-Service", qui tend précisément à s'assurer que l'organe d'exécution de l'assurance chômage puisse contrôler la perte de travail (arrêt du TF 8C_1026/2008 du 30 juillet 2009 consid. 2). Il incombe en effet à l'employeur de communiquer à l'administration, à la demande de celle-ci, tous les documents et informations nécessaires à un examen approfondi du droit à l'indemnité lorsque des doutes apparaissent et qu'un tel examen se révèle nécessaire ; en ce sens, il supporte le fardeau de la preuve (arrêt du TFA précité C.295/02 consid. 3.2 et réf. cit.).

De surcroît, l'argument du recourant selon lequel il a fourni à la caisse de chômage la totalité des décomptes de réduction d'horaire de travail ou d'intempéries pour les périodes concernées sur la base des formulaires signés par son personnel ne lui est d'aucun secours et doit pareillement être écarté. La jurisprudence a en effet déjà eu l'occasion de préciser que le formulaire "Rapport sur les heures perdues pour cause d'intempéries", complété rétrospectivement à la fin du mois, ne satisfaisait pas à l'exigence d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise (arrêts du TFA C 114/05 du 26 octobre 2005 consid. 2 et C 260/00 du 22 août 2001 consid. 2b ; arrêt du TAF précité B-7901/2007 consid. 4.4). En l'occurrence, si ces formulaires permettent d'établir les jours, respectivement les demi-jours et le nombre d'heures pendant lesquelles une perte de travail a été subie par les deux collaborateurs en question, ils ne renseignent en revanche aucunement sur les heures qu'ils ont effectivement accomplies quotidiennement et, conséquemment, sur leurs éventuelles heures effectuées en plus de l'horaire normal de travail. L'on ne saurait du reste reprocher à la caisse de chômage de n'avoir à aucun moment attiré l'attention du recourant sur un quelconque manquement quant aux pièces justificatives produites. En effet, la caisse 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 (arrêt du TFA C 208/02 du 27 octobre 2003 consid. 4.3).

6.
Le recourant soutient qu'il est à même d'établir les périodes d'intempéries par l'audition de ses deux employés S._____ et T._____. Il se réfère en outre à divers documents de nature, selon lui, à prouver l'existence de réductions de travail dues à des intempéries.

6.1. Le droit d'être entendu, tel que garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), comprend notamment le droit pour le justiciable d'offrir des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il y soit donné suite et 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 influer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 consid. 3.1). Le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 134 I 140 consid. 5.3, 131 I 153 consid. 3).

En l'absence de documents propres à déterminer l'horaire de travail, ces derniers ne peuvent être remplacés ni par l'interrogation ultérieure des travailleurs concernés ni 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 (arrêt du TFA C.229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b ; arrêt du TAF B-8569/2007 du 24 juin 2008 consid. 2.3). Dans un arrêt du 12 mai 2000, le Tribunal fédéral des assurances avait du reste indiqué que, même si l'on pouvait déduire de témoignages qu'une réduction de l'horaire de travail avait bien eu lieu, que des plans de réduction de l'horaire de travail avaient été établis avant les périodes chômées et communiqués aux employés qui devaient les respecter, il convenait toutefois de retenir que, malgré ces mesures, la perte de travail n'était pas suffisamment contrôlable ; il n'était ainsi pas possible de connaître la perte de travail journalière ou hebdomadaire pour chaque employé, compte tenu également de la compensation d'heures supplémentaires pendant chaque période de décompte (C.367/99 consid. 2c).

En l'espèce, à supposer même que S._____ et T._____ soient personnellement en mesure de confirmer leur incapacité, totale ou partielle, à travailler certains jours en raison des intempéries, il demeure toutefois très improbable qu'ils puissent établir de manière détaillée et précise les horaires de travail qu'ils ont effectués pendant lesdites périodes, remontant pour les plus anciennes à janvier 2007. Partant, la requête tendant à auditionner ces deux témoins doit être rejetée.

> **6.2.** Le recourant se réfère à une attestation de la SUVA du 10 février 2010 dans laquelle cette dernière précise qu'elle n'a versé aucune prestation d'assurance en faveur de T._____ durant la période du 21 au 25 mai 2007. De l'avis du recourant, ce document démontre que cet employé était apte à travailler durant cette période mais qu'il n'a toutefois pu le faire en raison des intempéries.

Dans la décision entreprise, l'autorité inférieure soutient que cette attestation ne prouve pas qu'une période d'accident n'a pas eu lieu mais uniquement qu'aucun cas n'a été annoncé à l'assureur. Elle indique que, compte tenu des trois jours de carences non indemnisés par l'assurance-accidents, le recourant a aussi pu renoncer à la démarche administrative d'annonce vu que seuls deux jours devaient être remboursés. L'autorité inférieure relève qu'il existe en tous les cas une contradiction sur le fait de savoir si l'employé a véritablement été victime d'un accident du 21 au 25 mai 2007, ce que le livre de caisse indique clairement, alors que le recourant a perçu des indemnités RHT pour ce travailleur pour cette période et ajoute que cette question ne peut être éclaircie à défaut d'un système de contrôle du temps de travail.

L'opinion de l'autorité inférieure apparaît pertinente. En effet, alors que le livre de paie fait effectivement état, pour T._____, d'une mention manuscrite "Accident" du 21 au 25 mai 2007, le recourant a néanmoins sollicité et perçu; pour cet employé pour ces dates-ci; des indemnités RHT – et non des indemnités en cas d'intempéries comme le relève à tort le recourant – comme il en ressort du formulaire "Rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" adressé à la caisse de chômage, ceci impliquant en principe que cet employé était apte au travail. Cette incohérence, sur laquelle le recourant ne s'explique du reste pas et qui dénote à tout le moins un manque de rigueur certain de sa part quant à la saisie de données importantes, aurait pu être clarifiée si le recourant avait disposé d'un système d'enregistrement du temps de travail de ses employés. Or, celui-ci ayant détruit ces documents, il

lui revient à ce titre de supporter le fardeau de la preuve, de sorte que la perte de travail pour la période du 21 au 25 mai 2007 doit être considérée comme insuffisamment contrôlable.

6.3. Le recourant produit également un courrier du 1er mars 2007 dans lequel l'un de ses clients atteste que les travaux de rénovation de la couverture de son bâtiment ont été exécutés en février 2007 en raison d'une météorologie défavorable. Il se fonde également sur un courrier du 4 avril 2008 qu'il a adressé à un autre de ses clients et duquel il ressortait que les travaux ne pouvaient être réalisés suite à un dégât dû au vent et que ceux-ci avaient dû être reportés en raison des intempéries dues à la neige.

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure soutient que, si ces documents démontrent que des chantiers ont été retardés pour cause d'intempéries, ils ne prouvent en revanche pas que les employés n'ont pas exercé une activité sur un autre chantier ou un travail de préparation à l'atelier. Elle considère ainsi qu'à défaut de système d'enregistrement du temps de travail adéquat, les allégations du recourant ne peuvent être vérifiées.

En l'espèce, s'il n'y a pas lieu de mettre en doute le fait que certains chantiers aient pu être reportés pendant ces périodes en raison des intempéries, l'on ne peut cependant d'emblée exclure que les deux employés soient restés dans les locaux de l'entreprise, occupés par exemple à la confection d'autres ouvrages ou se soient rendus sur d'autres chantiers pour y réaliser certains travaux. C'est donc là encore en vain que le recourant se prévaut de ces deux documents qui ne peuvent à l'évidence être qualifiés de système de contrôle du temps de travail adéquat qui permettrait de vérifier les indications fournies quant à la perte de travail invoquée pour les mois de janvier 2007 et mars 2008.

6.4. S'agissant enfin des diverses factures d'achat de matériaux concernant les mois de juin à août 2007, mises en exergue par l'autorité inférieure lors de son contrôle, le recourant argue du fait que les dates d'achat ne correspondent pas nécessairement à la date d'exécution des travaux lors desquels ces matériaux ont été utilisés. Dans la décision incriminée, l'autorité inférieure relève que cet aspect du dossier n'est pas primordial comparativement à celui lié à l'absence de preuve d'un système de contrôle. Elle ajoute néanmoins qu'il paraît peu plausible d'admettre que l'on puisse acheter du matériel sans avoir reçu de commandes et, conséquemment, obtenu du travail qu'il est également possible d'effectuer à la menuiserie avant la pose chez un éventuel client.

En l'occurrence, même à suivre l'argumentation du recourant et admettre que ces factures ne sauraient, à elles seules, conduire au refus des indemnités versées pendant les mois de juin à août 2007, il n'en reste pas moins que le recourant n'a, quoi qu'il en soit, pas été en mesure de présenter à l'autorité inférieure un relevé suivi des heures quotidiennes accomplies par ses deux employés et qu'il s'avère par conséquent

impossible de vérifier le bien-fondé des indemnités lui ayant été versées pour cette période (supra consid. 6).

7.
Il appert des considérations qui précèdent que c'est à juste titre, et sans qu'il soit question de formalisme excessif (arrêt du TFA C.115/06 du 4 septembre 2006 consid. 2.2 et arrêt du TAF précité B-7898/2007 consid. 3.3), que l'autorité inférieure a considéré comme insuffisamment contrôlables les pertes de travail invoquées concernant S._____ et T._____ et qu'elle a exigé, pour ce motif, la restitution des indemnités versées en leur faveur pendant les périodes allant de janvier 2007 à avril 2009 pour un total de Fr. 49'140.65. Il s'ensuit que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

8.
Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge du recourant qui succombe (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 (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 1'500.-. Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 2'000.-. Le solde de Fr. 500.- sera restitué au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

9.
Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant qui succombe (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.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'500.-, sont mis à la charge

du recourant et compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 2'000.-. Le solde de Fr. 500.- lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement")
– à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
– au Département fédéral de l'économie (acte judicaire)
– à la Caisse de chômage UNIA à D._____ (en extrait)
– à la Caisse de chômage UNIA, Administration centrale à Zurich (en extrait)

Le Président du collège : La Greffière :

Claude Morvant Muriel Tissot

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 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 (art. 42 LTF).

Expédition : 12 avril 2011