



Arrêt du 12 juin 2024

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Daniel Willisegger, Mia Fuchs, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Joël Chevallaz,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail / Assurance-chômage,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,
représenté par Prof. Dr Isabelle Häner et Dr Florian Brunner,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

X._____ SA a perçu, pour la période de mars 2020 à juin 2021, des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) de la Caisse cantonale (...) de chômage (ci-après : caisse cantonale ou caisse de chômage).

L'octroi de ces indemnités avait fait l'objet d'une contestation de la part de l'Office (...) pour la période à partir du 25 septembre 2020 et a donné lieu à un arrêt de la (...). Celle-ci a dit que X._____ SA avait droit à une indemnité en cas de RHT pour une durée de six mois à partir du 25 septembre 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions de l'art. 39 de la loi sur l'assurance-chômage. Cet arrêt est entré en force.

B.

Le 17 février 2023, Ernst & Young SA, agissant au nom du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO ou autorité inférieure) a procédé au contrôle du bien-fondé des indemnités perçues.

C.

Par décision du 3 mai 2023, le SECO a requis X._____ SA de restituer à la caisse cantonale des prestations perçues indûment pour un montant de 555'695.55 francs. Il a notamment considéré que, faute d'un système de contrôle de l'horaire de travail fiable, il n'était pas possible de vérifier la véracité et l'ampleur des heures perdues dues à des facteurs d'ordre économique qui étaient indiquées sur les rapports de travail et décomptes fournis à la caisse cantonale pour les employés qui n'ont pas été annoncés à 100% en RHT durant un mois. De même, il a constaté que les personnes rémunérées à la commission n'avaient pas droit à l'indemnité en cas de RHT et que celui-ci n'était pas reconnu pour les heures perdues revendiquées durant certains jours fériés.

D.

Statuant sur opposition, le SECO l'a rejetée par décision du 13 juillet 2023. Il a d'abord considéré que l'arrêt cantonal avait réservé les conditions de l'art. 39 de la loi sur l'assurance-chômage et que ces conditions n'étaient pas réalisées en l'espèce. S'agissant du contrôle des heures perdues, il a relevé que l'ensemble des documents produits ne satisfaisait pas aux exigences du caractère contrôlable de l'horaire de travail. Concernant les personnes dont la rémunération est variable, il a estimé qu'en tout état de cause, il était impossible d'établir la perte de travail faute d'un système de

contrôle de l'horaire de travail. Il conteste enfin le droit à l'indemnité en cas de RHT pour une perte de travail survenue durant les jours fériés et nie toute violation du droit d'être entendu et du principe de la bonne foi.

E.

Le 14 septembre 2023, X. _____ SA (ci-après : recourante) exerce un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de celle-ci et à ce qu'il soit dit qu'elle ne doit pas restituer la somme de 555'695.55 francs, sous réserve des montants relatifs à trois collaborateurs. Subsidiairement, elle requiert le renvoi de la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle requiert, en outre, la tenue de débats publics et veut faire entendre son administrateur. A l'appui de ses conclusions, elle conteste d'abord que les conditions d'une reconsidération soient réunies : la réduction de l'horaire de travail a été constatée et admise par l'arrêt cantonal, l'autorité inférieure ne serait ainsi pas habilitée à revenir sur ce point. Elle estime de plus que l'horaire de travail est suffisamment démontré par les heures d'ouverture, les relevés des heures effectuées par opposition aux horaires prévus contractuellement, les plannings de travail, ainsi que les agendas. De même, ses activités consistant en une permanence médicale, les dimanches et jours fériés sont des jours ordinaires de travail pour lesquels l'allocation d'indemnités ne saurait lui être refusée. Elle indique encore qu'aucun médecin ne travaille à la commission mais que seul leur salaire varie selon les prestations effectuées ; leur période de présence est quant à elle obligatoire et ne varie pas. Elle se plaint notamment d'une violation de son droit d'être entendu, de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi en tant que le contrôle sur place n'a pas été repoussé à sa demande, ce qui ne lui a ainsi pas permis de présenter les documents attestant la perte des heures de travail. Elle ajoute que les contrôleurs n'auraient pas été en mesure de lui indiquer quels documents ils souhaitaient se voir présenter et que la caisse cantonale et l'autorité inférieure se seraient entendues, bien que la première n'eût pas recouru contre l'arrêt cantonal, pour réclamer la restitution des indemnités pourtant versées sur la base des documents remis. Elle fait en outre valoir que la restitution d'une telle somme la mettrait dans une situation économique des plus difficiles.

F.

Dans sa réponse du 27 novembre 2023, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours. Elle a également demandé à ce que la requête de débats publics soit rejetée dès lors que la recourante entend essentiellement contribuer oralement à l'établissement des faits. En substance, elle

considère que la recourante ne dispose pas de système permettant d'établir la perte du temps de travail de sorte que les indemnités perçues l'ont été indûment et doivent être restituées, nonobstant l'arrêt cantonal puisqu'il a expressément réservé les conditions de l'art. 39 de la loi sur l'assurance-chômage. Elle maintient pour le surplus qu'il n'y a eu aucune violation du droit d'être entendu et du principe de la bonne foi, que des indemnités en cas de RHT ne peuvent être versées pour des heures perdues qui auraient dû être réalisées un dimanche ou des jours fériés et qu'une rémunération variable n'est pas compatible avec des indemnités en cas de RHT.

G.

Le 5 février 2024, la recourante a fait part de sa réplique et confirmé les conclusions de son recours. Elle maintient notamment sa demande de tenue de débats publics, précisant qu'elle a également requis l'audition du contrôleur mandaté par l'autorité inférieure et qu'elle entend prouver par ces auditions qu'elle a bel et bien requis le report du contrôle pour des raisons liées au secret médical. Elle ajoute que le comportement de l'autorité inférieure et de la caisse cantonale consistant à lui verser des indemnités tout en planifiant un contrôle est manifestement contraire à la bonne foi et a eu une incidence sur sa décision de maintenir des emplois.

H.

Dans sa duplique du 15 février 2024, l'autorité inférieure a maintenu ses conclusions. Elle a notamment considéré que les auditions requises par la recourante n'étaient pas nécessaires à l'établissement des faits et devaient dès lors être rejetées.

I.

Par décision incidente du 17 avril 2024, le juge instructeur a rejeté les auditions de l'administrateur de la recourante et du contrôleur mandaté par l'autorité inférieure.

J.

Le 2 mai 2024, le tribunal a invité la recourante à indiquer si elle maintenait sa requête de tenue de débats publics.

K.

Par courrier du 3 juin 2024, la recourante a expressément renoncé à des débats publics.

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 LTAF ; art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [Loi 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, 22a al. 1 let. b en lien avec 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 38 al. 4, 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.

2.

La LACI vise à garantir aux personnes assurées une compensation convenable du manque à gagner causé par le chômage, la réduction de l'horaire de travail, les intempéries et l'insolvabilité de l'employeur (cf. art. 1a al. 1 LACI).

2.1 L'octroi des indemnités se déroule en plusieurs phases. Il débute avec la procédure de préavis (cf. art. 36 LACI) dans laquelle l'autorité cantonale examine si les conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT sont réunies. Si elle juge qu'une ou plusieurs conditions, dont dépend le droit à l'indemnité, ne sont pas remplies, elle s'oppose au versement de celle-ci par une décision formelle et en informe l'employeur et la caisse qu'il a désignée (cf. art. 36 al. 3 et 4, ainsi que 100 al. 1 LACI). L'employeur fait ensuite valoir l'ensemble des prétentions à indemnité pour les travailleurs de son entreprise ou de son chantier (cf. art. 38 LACI). Lorsque toutes les conditions sont remplies et que l'autorité cantonale n'a soulevé aucune objection, la caisse rembourse à l'employeur les indemnités dues (cf. art. 39 al. 1 et 2 LACI).

2.2 L'organe de compensation révisé ensuite 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). 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 (cf. 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 (cf. art. 111 al. 2 OACI).

3.

La recourante fait d'abord valoir que la perte des heures de ses employés a été constatée et admise par l'arrêt de la (...). Selon elle, l'autorité inférieure ne saurait revenir sur ce point sauf à violer le droit.

3.1 L'autorité de la chose jugée (ou force de chose jugée au sens matériel [materielle Rechtskraft]) interdit de remettre en cause, dans une nouvelle procédure, entre les mêmes parties, une prétention identique qui a été définitivement jugée (cf. ATF 142 III 210 consid. 2.1 et réf. cit.). Il y a identité de l'objet du litige quand, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se fondant sur le même complexe de faits (cf. ATF 139 III 126 consid. 3.2.3). L'identité de l'objet du litige s'entend au sens matériel ; il n'est pas nécessaire ni même déterminant que les conclusions soient formulées de manière identique (cf. ATF 142 III 210 consid. 2.1, 128 III 284 consid. 3b, 123 III 16 consid. 2a et 121 III 474 consid. 4a ; arrêt du TF 8C_635/2021 du 13 janvier 2022 consid. 5.1).

Les constatations de fait du jugement attaqué déterminent quelles sont les conclusions formées dans la procédure pendante. Cependant, pour savoir si ces conclusions ont été définitivement tranchées dans un jugement précédent, il convient de se fonder non pas sur les constatations du prononcé attaqué mais sur le jugement précédent, dont le dispositif définit

l'étendue de la chose jugée au sens matériel. L'autorité de la chose jugée est limitée au seul dispositif du jugement. Pour connaître le sens et la portée exacts du dispositif, il faut parfois se référer aux considérants en droit du jugement (cf. ATF 142 III 210 consid. 2.2, 128 III 191 consid. 4a et 125 III 8 consid. 3b ; arrêt du TF 9C_146/2012 du 12 novembre 2012 consid. 4.1).

3.2 En l'espèce, la cour cantonale a jugé, dans son arrêt du (...), de manière définitive que la recourante avait droit à une indemnité en cas de RHT, pour une durée de six mois à partir du 25 septembre 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions de l'art. 39 LACI. Pour ce faire, elle a notamment examiné des tableaux produits par la recourante et constaté, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les employés de la recourante avaient eu une perte de travail d'au moins 10% pendant les mois d'octobre à décembre 2020 et que celle-ci avait démontré une baisse de ses activités. La cour cantonale a en outre admis que la perte de patientèle était due à la pandémie, que celle-ci consistait en une circonstance exceptionnelle dépassant le cadre du risque normal d'exploitation et que la recourante ne pouvait pas prendre de mesures afin de limiter la perte de travail. Elle a enfin précisé que la recourante avait perçu des indemnités en cas de RHT jusqu'au 25 septembre 2020.

La décision attaquée a pour dispositif le rejet de l'opposition, la fixation du montant des prestations indûment perçues de mars 2020 à juin 2021 et l'ordre de les restituer à la caisse cantonale.

3.3 Il faut ainsi d'abord constater que les parties à la procédure ayant conduit à l'arrêt cantonal ne sont pas les mêmes que celles s'opposant dans la présente procédure. Le SECO n'était pas partie à la procédure cantonale ; ceci s'explique de par sa fonction d'organe de compensation, il n'intervient qu'ultérieurement, lors du contrôle des employeurs (cf. consid. 2.2 ci-dessus). De plus, il y a également lieu de relever que l'arrêt cantonal ne concerne qu'une partie de la période durant laquelle la recourante a perçu des indemnités en cas de RHT, à savoir les six mois suivant le 25 septembre 2020. Ceci étant, l'arrêt cantonal traite de la question du droit aux indemnités dans son principe et relève de la première phase de la procédure conduisant à l'octroi ou non d'indemnités. Cet arrêt fait suite à une objection de l'autorité cantonale au sens de l'art. 36 al. 4 LACI (cf. consid. 2.1 ci-dessus) ; il réserve pour le reste expressément les conditions de l'art. 39 LACI, parmi lesquelles figurent celle de l'art. 31 al. 3 let. a LACI – relative au caractère déterminable de la perte de travail et de

celui suffisamment contrôlable de l'horaire de travail – comme celle de l'art. 32 al. 1 let. b LACI concernant la prise en compte d'une perte de travail minimale de 10%. La décision entreprise fait quant à elle suite au contrôle des employeurs, lequel intervient nécessairement ultérieurement et tend à garantir que les indemnités perçues l'ont été à bon droit (cf. consid. 2.2 ci-dessus). Elle a notamment pour but de s'assurer du caractère déterminable de la perte de travail et de celui suffisamment contrôlable de l'horaire de travail, question précisément réservée par le dispositif de l'arrêt cantonal. La décision querellée ne porte dès lors pas sur des points définitivement tranchés par l'arrêt cantonal.

Il suit de là que la recourante ne saurait exciper de l'autorité de la chose jugée pour s'opposer à la restitution de la somme arrêtée par l'autorité inférieure. Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4.

Dans un deuxième temps, la recourante invoque que l'horaire de travail de ses employés est suffisamment démontré par les heures d'ouverture, les relevés des heures effectuées par opposition aux horaires prévus contractuellement, les plannings de travail, ainsi que les agendas. Elle en déduit qu'il n'y a pas lieu à restitution.

4.1 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 lorsque : 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 lorsque : elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et que (let. a) elle est d'au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b).

4.1.1 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).

4.1.2 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 manière 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. 5.1.2 et réf. cit. ; arrêts du TAF B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 8.1.2 et B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.2 et réf. cit.).

4.1.3 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 précités du TAF B-1045/2022 consid. 7 et B-4559/2021 consid. 7.3.1).

4.1.4 Selon l'art. 25 al. 1 1^{ère} 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, 138 V 426 consid. 5.2.1 et 130 V 318 consid. 5.2). Lorsque le caractère contrôlable de la perte de travail fait défaut, la décision d'octroi de prestations était d'emblée contraire au droit. Cette constatation par l'autorité inférieure ouvre donc en principe la voie de la reconsidération de l'art. 53 al. 2 LPGA (cf. arrêt du TAF B-2785/2023 du 19 mars 2024 consid. 3).

4.2 En l'espèce, la recourante a produit, durant le contrôle puis lors de son opposition, plusieurs pièces visant à établir le caractère contrôlable de la perte de travail. Il s'agit de l'horaire de travail habituel extrait de son site Internet, de documents attestant les horaires de travail réduits, un procès-verbal d'audition de son administrateur, l'agenda des consultations, les plannings des gardes des médecins et des assistantes médicales, ainsi qu'un aperçu mensuel des salaires, des heures contractuelles et des heures effectives.

4.3 D'abord, l'indication des heures d'ouverture, lesquelles ont été réduites durant la période en cause, ne dit rien des heures travaillées par chacun des employés de la recourante. Le procès-verbal de l'audition de l'administrateur de la recourante atteste, quant à lui, une diminution des consultations, laquelle ressort également de l'arrêt cantonal et n'est pas contestée par l'autorité inférieure ; il ne dit toutefois rien de précis quant à la perte effective des heures. Concernant les agendas, ils indiquent certes des rendez-vous et certaines activités du personnel ; ils ne permettent cependant pas d'établir avec précision quand un employé a débuté ou mis un terme à son activité. Il en va de même des plannings des médecins et des assistantes. Ces documents sont tout au plus à même de prouver la présence ou l'absence d'un employé ; cette seule qualité n'est toutefois pas, selon la jurisprudence précitée, suffisante pour le contrôle de l'horaire

de travail. Ils ne rendent en effet nullement compte quotidiennement des heures fournies, des absences payées ou non, ainsi que des heures perdues dues à des facteurs économiques. Quant à l'aperçu mensuel des salaires, des heures contractuelles et des heures effectives, il ne consiste manifestement pas en un relevé quotidien en temps réel des heures de travail au moment où elles sont effectivement accomplies.

Il suit de ce qui précède que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré que la recourante ne satisfaisait pas aux exigences du contrôle de l'horaire de travail. Aussi, l'une des conditions de fond donnant droit à l'indemnité en cas de RHT fait défaut.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

5.

La recourante se plaint également de ce qu'une perte de travail n'a pas été reconnue pour certains jours fériés. Elle estime que, dès lors qu'elle assure une permanence médicale, les dimanches et jours fériés sont des jours ordinaires de travail lui donnant droit aux indemnités en cas de RHT.

5.1 Selon l'art. 33 al. 1 let. c LACI, une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne la fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise. Cette disposition, en relation avec l'art. 54 OACI, vise à prévenir les abus qui pourraient résulter d'une volonté de la part de l'employeur de faire chômer ses employés juste avant ou après les vacances, lorsque l'activité est de toute façon réduite (cf. BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 20 ad art. 33 LACI).

5.2 En l'occurrence, la question de savoir si cette disposition s'applique également lorsque l'entreprise en cause dispose d'une autorisation de travailler les dimanches et jours fériés peut demeurer indécise. En effet, comme indiqué précédemment, la recourante ne dispose pas d'un système de contrôle de l'horaire de travail (cf. consid. 4 ci-dessus) ; aussi, il n'est de toute manière pas possible d'établir avec la précision nécessaire les heures de travail quotidiennement réalisées, de sorte qu'une prise en compte ou non d'heures perdues devant en principe être réalisées un dimanche ou un jour férié importe peu. En effet, même à supposer qu'il faille tenir compte d'éventuelles heures perdues à réaliser en principe un jour férié ou un dimanche, il faudrait encore s'assurer que l'employé en

cause n'a pas compensé, durant le mois en question, cette perte en réalisant certaines heures supplémentaires durant des jours ordinaires de travail. La restitution des indemnités perçues pour des heures prétendument perdues lors de jours fériés n'est donc pas critiquable.

Le recours est dès lors également infondé sur ce point et doit être rejeté.

6.

La recourante conteste encore que les médecins ne disposant pas de rémunération fixe n'ont pas droit aux indemnités en cas de RHT. Elle précise qu'aucun d'entre eux ne travaille à la commission et que seul leur salaire varie selon les prestations effectuées ; leur période de présence est en revanche obligatoire et ne varie pas.

L'autorité a relevé dans sa décision sur opposition qu'il était impossible de déterminer la perte de travail de certains employés puisque leur rémunération était variable ; en tout état de cause, le droit aux indemnités en cas de RHT ne pouvait être reconnu en raison de l'impossibilité d'établir la perte de travail avec précision.

6.1 Selon l'art. 31 al. 3 let. a LACI, les travailleurs, dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Est considéré comme ne pouvant être déterminée, la perte de travail des employés qui sont mis à contribution de manière sporadique en fonction des besoins de l'employeur, notamment les travailleurs qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de travail prévoyant un temps de travail précis à fournir. Leur volume de travail est par nature fluctuant (cf. RUBIN, op. cit., n° 34 ad art. 31 LACI). Lorsque celui-ci est plus ou moins constant durant une période prolongée, des pertes de travail pourraient éventuellement être considérées comme étant déterminables (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 29 avril 2009, in : JAB 2009 474 consid. 4).

6.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a jugé l'horaire de travail indéterminable en raison de leur rémunération variable en ce qui concerne les employés A._____, B._____, C._____, D._____ et E._____.

S'agissant d'abord de B._____, la recourante a clairement admis la restitution des indemnités perçues le concernant ; aussi, conformément aux conclusions prises sur ce point, celle-ci ne fait pas l'objet du présent litige. Quant à E._____, aucune heure perdue n'a été revendiquée ni

perçue durant la période en cause, de sorte qu'il n'est nul besoin d'établir si une perte de travail est déterminable.

En ce qui concerne les trois autres employés, des heures perdues ont pour chacun des mois de la période concernée été revendiquées. Chacun de ces trois employés ont toutefois en partie travaillé durant toute la période en cause. Aussi, il faut admettre que, même à supposer que leur volume de travail dût être considéré comme plus ou moins constant, permettant, en principe, de déterminer leur perte de travail, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence d'un système de contrôle de l'horaire satisfaisant aux exigences en la matière (cf. consid. 4 ci-dessus), il n'est pas possible de déterminer ladite perte avec la précision requise. Ayant toujours travaillé en partie durant la période en question, aucun d'eux ne peut en outre profiter de la largesse de l'autorité inférieure en ce qui concerne les collaborateurs annoncés à 100% en RHT.

La restitution des indemnités perçues pour le compte de A._____, C._____ et D._____ est ainsi justifiée et le recours rejeté sur ce point.

7.

La recourante se plaint enfin d'une violation de son droit d'être entendu, de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi en tant que le contrôle sur place n'a pas été repoussé à sa demande et ne lui a ainsi pas permis de présenter les documents attestant la perte des heures de travail. Elle ajoute que les contrôleurs n'auraient pas été en mesure de lui indiquer quels documents ils souhaitaient se voir présenter et que la caisse cantonale et l'autorité inférieure se seraient entendues, bien que la première n'eût pas recouru contre l'arrêt cantonal, pour réclamer la restitution des indemnités versées. Elle estime en outre que le comportement de l'autorité inférieure et de la caisse cantonale consistant à lui verser des indemnités, tout en planifiant un contrôle, est manifestement contraire à la bonne foi et a eu une incidence sur sa décision de maintenir des emplois.

7.1

7.1.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend 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 143 V 71 consid. 4.1, 135 I 279 consid. 2.3, 135 II 286 consid. 5.1 et 132 V 368 consid. 3.1 et réf. cit.).

7.1.2 La jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 Cst. le principe de l'interdiction du déni de justice formel, lequel comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (cf. arrêt du TF 8C_775/2019 du 17 mars 2020 consid. 3.4 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-3520/2019 du 22 novembre 2019 consid. 3.3 et réf. cit.).

7.1.3 La protection de la confiance, comme composante du principe de la bonne foi, vise à préserver la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 et 128 II 112 consid. 10b/aa et réf. cit. ; arrêt du TF 2A.561/2002 du 11 juillet 2003 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire au droit en vigueur, le cas échéant, une indemnisation (cf. arrêts du TAF B-2780/2016 du 19 avril 2017 consid. 5.1 et B-3894/2011 du 5 octobre 2011 consid. 5.1). Il faut pour ce faire que les conditions suivantes soient remplies cumulativement : le renseignement doit avoir été donné par l'autorité sans réserve ; l'autorité doit être intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; elle doit avoir agi ou est censée avoir agi dans les limites de ses compétences ; l'administré ne doit pas s'être rendu compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; il doit s'être fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice ; la réglementation ne doit pas avoir changé depuis le moment où l'assurance a été donnée ; et l'intérêt au respect du droit objectif ne doit pas être prépondérant (cf. ATF 141 I 161 consid. 3.1 et 137 II 182 consid. 3.6.2 et réf. cit.). En règle générale, l'inaction ou le silence d'une autorité ne saurait, en revanche, fonder une situation de confiance en laquelle l'administré peut légitimement se fier (cf. arrêts du TAF B-270/2022 du 11 avril 2023 consid. 6.2, A-2202/2021 du 20 décembre 2021 consid. 4.1.1 et A-2953/2020 du 27 septembre 2021 consid. 4.7).

7.2 En l'occurrence, la question du droit aux indemnités dans son principe, qui relève de la première phase de la procédure conduisant à l'octroi ou non d'indemnités, a fait l'objet d'une contestation par l'autorité cantonale et a donné lieu à l'arrêt cantonal du (...). Il a été jugé que la recourante avait droit à une indemnité en cas de RHT, pour une durée de six mois à partir du 25 septembre 2020, sous réserve de l'examen par la caisse de chômage des conditions de l'art. 39 LACI. Au vu des tableaux produits par la recourante, la cour cantonale a constaté, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les employés de la recourante ont eu une perte de travail d'au moins 10% pendant les mois d'octobre à décembre 2020 et que la recourante avait démontré une baisse de ses activités due à la pandémie. Elle a enfin précisé que la recourante avait perçu des indemnités en cas de RHT jusqu'au 25 septembre 2020.

A la suite de cet arrêt, la recourante a réclamé des indemnités jusqu'au mois de juin 2021 compris. D'avril à août 2022, la caisse cantonale s'est adressée à plusieurs reprises au SECO concernant le versement desdites indemnités en évoquant le contrôle futur de la recourante. En août 2022, l'autorité inférieure a indiqué que la recourante n'avait pas encore été contrôlée et que ce n'était que dans des cas exceptionnels que les paiements pouvaient être bloqués. Des indemnités ont finalement été perçues par la recourante.

La caisse de chômage s'est à nouveau adressée à l'autorité inférieure concernant le versement d'indemnités à la recourante en janvier 2023. L'autorité inférieure a informé la caisse cantonale que le contrôle de la recourante aurait lieu aussi vite que possible. La caisse cantonale a décidé de bloquer le versement d'indemnités en faveur de la recourante jusqu'à ce que le contrôle ait eu lieu.

Le 17 février 2023, Ernst & Young SA, agissant au nom de l'autorité inférieure, a procédé au contrôle du bien-fondé des indemnités perçues.

7.3 A l'appui de son grief de violation du droit d'être entendu, la recourante prétend d'abord avoir requis le report du contrôle afin de pouvoir disposer de suffisamment de temps pour discuter avec son conseil et pour rechercher les documents pertinents, que ce report était indispensable pour préserver le secret médical, que le report a été balayé par le contrôleur et qu'aucune liste des documents à préparer en amont du contrôle ne lui a été fournie.

Or, sur ce point, il faut en premier lieu relever que l'administrateur de la recourante était présent lors du contrôle du 17 février 2023. De plus, la recourante a eu l'occasion, durant la procédure devant l'autorité inférieure comme durant celle de recours, de produire tous les documents qu'elle a jugé utiles et qu'elle aurait éventuellement omis de présenter lors du contrôle ou sur lesquels elle n'aurait à ce stade pas été suffisamment renseignée. L'ensemble des documents produits ont en outre été examinés par l'autorité inférieure et par la cour de céans sur le point de savoir s'ils attestent ou non la perte d'heures alléguées (cf. consid. 4 ci-dessus). On ne saisit dès lors pas en quoi le refus de reporter la date du contrôle auquel a participé l'administrateur de la recourante serait susceptible de consacrer une violation du droit d'être entendu de celle-ci.

7.4 De même, la définition légale du temps de travail comme l'obligation pour les employeurs de disposer d'un système de contrôle du temps de travail précis – laquelle découle de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral – visent respectivement à protéger les travailleurs et à prévenir les abus en matière d'indemnités en cas de RHT. Ces exigences répondent sans conteste à un intérêt digne de protection. Il suit de là que l'autorité inférieure ne consacre aucun formalisme excessif en constatant que la réduction de travail alléguée par la recourante n'est pas suffisamment contrôlable (cf. arrêt du TAF B-4465/2023 du 8 avril 2024 consid. 3 *in fine* et réf.cit.). Il faut d'ailleurs admettre que les art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b al. 1 OACI, ainsi que la jurisprudence y relative ne laissent guère de place au pouvoir d'appréciation de l'autorité d'application du droit. Dès le moment où l'horaire de travail n'est – comme en l'espèce – pas considéré comme suffisamment contrôlable sur une période donnée, l'octroi d'indemnités, même partielles, n'entre en principe pas en ligne de compte (cf. arrêt du TF 8C_699/2022 précité consid. 6.4).

7.5 Enfin, la caisse de chômage ne vérifie pas 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. En effet, elle ne dispose en principe pas de toutes les informations nécessaires quant à la méthode de contrôle instaurée par l'employeur ; 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. arrêts du TAF B-2480/2020 du 9 novembre 2021 consid. 3.5, B-4226/2019 du 25 mai 2021 consid. 2.5 et B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 3.2.3). Ces contrôles *a posteriori* auprès des employeurs sont ensuite effectués par l'organe de compensation administré par le SECO qui vérifiera l'ampleur et le caractère contrôlable de la réduction de l'horaire

de travail et réclamera, le cas échéant, la restitution des prestations perçues indûment (cf. arrêts précités du TAF B-2785/2023 consid. 3.1.3 et B-2480/2020 consid. 3.5). Il s'ensuit que le paiement d'indemnités par la caisse de chômage ne constitue pas une assurance susceptible de fonder une confiance légitime de la recourante quant au caractère contrôlable de la perte des heures de travail alléguée (cf. sur ce point : arrêt du TAF B-4895/2023 du 19 avril 2024 consid. 4). L'échange de courriels entre celle-ci et l'autorité n'atteste pas non plus un comportement contradictoire ; il démontre uniquement les doutes partagés entre elles quant à la réalisation de la condition du caractère contrôlable de la perte de travail, doutes que le contrôle du 17 février 2023 devait lever.

7.6 Il suit de l'ensemble de ce qui précède que la décision entreprise ne consacre aucune violation du droit d'être entendu, de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi. Le recours est ainsi également infondé sur ce point et doit être rejeté.

8.

La recourante fait finalement valoir que la restitution d'une telle somme la mettrait dans une situation économique des plus difficiles.

8.1 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 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).

8.2 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.

9.

La recourante a sollicité l'audition de son administrateur et du contrôleur mandaté par l'autorité inférieure.

Le juge instructeur a rejeté la requête par décision incidente du 17 avril 2024.

9.1 Selon la jurisprudence, la procédure de recours régie par la PA est en principe écrite. Il n'est ainsi procédé à l'audition de parties ou de témoins que si de telles mesures d'instruction paraissent indispensables à l'établissement des faits de la cause (cf. ATF 130 II 169 consid. 2.3.3 ; arrêts du TF 1C_136/2015 du 20 août 2015 consid. 2.2 et 1C_323/2011 du 12 octobre 2011 consid. 2.2 et réf. cit). De plus, l'audition de témoins apparaît comme un moyen de preuve subsidiaire qui n'est utilisé qu'à titre exceptionnel lorsque les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre manière (cf. art. 14 al. 1 let. c PA ; arrêt du TF 5A.15/2006 du 15 juin 2006 consid. 2.1 et réf. cit.).

9.2 En l'occurrence les auditions sollicitées ne sont en mesure d'attester ni du caractère contrôlable de la perte de travail alléguée (cf. consid. 4 ci-dessus) ni de prétendues violations du droit d'être entendu, de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi (cf. consid. 7 ci-dessus). Aussi, le degré de conviction du tribunal est suffisant à la lumière des pièces du dossier sans qu'il y ait lieu de donner suite aux auditions requises.

Il convient dès lors de rejeter, par appréciation anticipée des preuves, les réquisitions d'audition formulées par la recourante.

10.

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 alléguées et que, en conséquence, elle a exigé de la recourante la restitution des indemnités versées durant les périodes de mars 2020 à juin 2021 pour un total de 555'695.55 francs.

Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

11.

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 10'000 francs ; ils seront prélevés sur l'avance de frais, du même montant, déjà versée par la recourante, dès l'entrée en force du présent arrêt.

12.

Il n'y a en outre pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec 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 10'000 francs, sont mis à la charge de la recourante et seront prélevés, dès l'entrée en force du présent arrêt, sur l'avance de frais, du même montant, déjà perçue.

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 cantonale (...) de chômage.

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

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 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 : 18 juin 2024

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. (...); acte judiciaire)
- à la Caisse cantonale (...) de chômage (en extrait, courrier A)