
2024 V/1

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. SA contre Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)
B-4996/2023 du 12 juin 2024

Assurance-chômage. Indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Autorité de chose jugée. Exigence du caractère contrôlable des heures de travail perdues. Restitution des prestations.

Art. 29 Cst. Art. 36, art. 39, art. 83, art. 110 LACI.

1. **Autorité de chose jugée. Absence d'identité de l'objet du litige entre la décision d'octroi d'indemnités et la décision ultérieure faisant suite au contrôle de leur bien-fondé (consid. 3.3).**
2. **Refus d'octroyer des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail pour une permanence médicale, à défaut du caractère contrôlable des heures de travail perdues. Absence de formalisme excessif (consid. 7.4).**
3. **Pas de violation du principe de la confiance du fait du paiement d'indemnités par la caisse de chômage (consid. 7.5).**

Arbeitslosenversicherung. Kurzarbeitsentschädigung. Materielle Rechtskraft. Erfordernis der Kontrollierbarkeit der Ausfallzeiten. Rückforderung der Leistungen.

Art. 29 BV. Art. 36, Art. 39, Art. 83, Art. 110 AVIG.

1. **Materielle Rechtskraft. Fehlende Identität des Streitgegenstandes zwischen dem Entscheid über die Gewährung von Entschädigungen und dem nachträglichen Entscheid zur Überprüfung ihrer Berechtigung (E. 3.3).**
2. **Ablehnung der Kurzarbeitsentschädigung für einen ärztlichen Bereitschaftsdienst mangels Kontrollierbarkeit der ausgefallenen Arbeitszeiten. Kein überspitzter Formalismus (E. 7.4).**
3. **Die Tatsache, dass die Kurzarbeit durch die Ausgleichsstelle erst kontrolliert wird, nachdem die Kurzarbeitsentschädigung von der Arbeitslosenkasse ausgezahlt wurde, verletzt den Vertrauensgrundsatz nicht (E. 7.5).**

Assicurazione contro la disoccupazione. Indennità per lavoro ridotto. Autorità di cosa giudicata. Requisito della controllabilità delle ore di lavoro perse. Restituzione delle prestazioni.

Art. 29 Cost. Art. 36, art. 39, art. 83, art. 110 LADI.

- 1. Autorità di cosa giudicata. Assenza d'identità dell'oggetto litigioso tra la decisione di concessione d'indennità e la successiva decisione volta a controllarne la fondatezza (consid. 3.3).**
- 2. Rifiuto di concedere indennità in caso di lavoro ridotto per centro medico in assenza di controllabilità delle ore di lavoro perse. Assenza di formalismo eccessivo (consid. 7.4).**
- 3. Il fatto che il controllo del lavoro ridotto da parte dell'organo di compensazione intervenga posteriormente al versamento delle indennità da parte della cassa di disoccupazione non configura una violazione del principio dell'affidamento (consid. 7.5).**

La recourante, X. SA, gérant un centre médical, 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 dont l'octroi avait été confirmé par la justice cantonale, 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 (RS 837.0).

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

Par décision du 3 mai 2023, confirmée le 13 juillet 2023, le SECO a requis la recourante de restituer à la caisse cantonale des prestations indûment perçues. Il a notamment considéré que, faute d'un système fiable de contrôle de l'horaire de travail, il n'était pas possible de vérifier la véracité et l'ampleur des heures perdues dues à des facteurs d'ordre économique. Il a en outre considéré que l'arrêt cantonal avait réservé les conditions de l'art. 39 LACI, lesquelles n'étaient pas réalisées en l'espèce.

Le 14 septembre 2023, X. SA dépose recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle fait notamment valoir la violation de son droit d'être entendue, de l'interdiction du formalisme excessif et du

principe de la bonne foi. En outre, elle conteste la réalisation des conditions d'une reconsidération. Elle estime encore que l'horaire de travail est suffisamment démontré.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

Extrait des considérants:

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 art. 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 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 (cour cantonale). 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; 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 ; 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 (...) 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, qui 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.

4-6 (...)

7.

La recourante se plaint enfin d'une violation de son droit d'être entendue, 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; 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; 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; B-3894/2011 du 5 octobre 2011 consid. 5.2). 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; 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; 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 entendue, 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 ([...]). 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 entendue 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 infé-

rieure 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. 3.3 in fine et réf. cit.). Il faut d'ailleurs admettre que les art. 31 al. 3 let. a LACI et 46*b* 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 du 15 juin 2023 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; 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 du TAF B-2785/2023 du 19 mars 2024 consid. 3.1.3; 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.

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.