

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1494/2024

ATAS/76/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 11 février 2025

Chambre 10

En la cause

A_____

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE

intimée

Siégeant : Joanna JODRY, Présidente ; Saskia BERENS TOGNI et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs.

EN FAIT

- A.** **a.** La société A_____ (ci-après : la société), inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 7 décembre 2009, a pour but statutaire la distribution et la vente de contenus de toute nature (texte, audio, photo, vidéo, etc.) en plusieurs langues et pour toutes les plateformes, pour des utilisations dans les industries des médias, de la communication, de la publicité, du transport, de la vente et de la santé, par le biais d'outils technologiques propriétaires, de plateformes de commerce en ligne, de l'accès à un catalogue de contenus et de la gestion d'un réseau externe de journalistes et traducteurs. Monsieur B_____ en est associé gérant avec signature individuelle.
- b.** Par décision du 24 août 2020, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a mis la société au bénéfice de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour la période du 22 mars au 31 août 2020.
- c.** La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) a versé à la société les indemnités suivantes pour les mois de mars à août 2020 :
- CHF 3'584.80 pour mars 2020 (*cf.* décompte du 31 mars 2020) ;
 - CHF 12'048.55 pour avril 2020 (*cf.* décompte du 29 avril 2020) ;
 - CHF 15'201.40 pour mai 2020 (*cf.* décompte du 24 juin 2020) ;
 - CHF 12'438.55 pour juin 2020 (*cf.* décompte du 27 août 2020) ;
 - CHF 12'438.55 pour juillet 2020 (*cf.* décompte du 27 août 2020) ;
 - CHF 7'649.90 pour août 2020 (*cf.* décompte du 23 septembre 2020).
- d.** Par décision du 26 avril 2021, l'OCE a mis la société au bénéfice de l'indemnité RHT pour la période du 20 avril au 19 octobre 2021.
- e.** La caisse a indemnisé la recourante pour les mois d'avril à août 2021, à hauteur de :
- CHF 3'225.55 pour avril 2021 (*cf.* décompte du 4 mai 2021) ;
 - CHF 7'884.65 pour mai 2021 (*cf.* décompte du 9 juin 2021) ;
 - CHF 7'884.65 pour juin 2021 (*cf.* décompte du 12 juillet 2021) ;
 - CHF 7'552.45 pour juillet 2021 (*cf.* décompte du 9 août 2021) ;
 - CHF 6'354.60 pour août 2021 (*cf.* décompte du 6 septembre 2021).
- f.** Le 7 octobre 2021, la caisse a reçu le formulaire « demande et décompte d'indemnité en cas de RHT » pour le mois de septembre 2021, mentionnant un pourcentage de la perte de travail pour des raisons économiques de 90.64%.
- g.** Par courriel du 14 octobre 2021, la caisse a indiqué à la société que le pourcentage de la perte de travail pour des raisons économiques était supérieur à

85% pour une cinquième période de décompte, excédant ainsi la limite de quatre périodes.

h. Par décision du 18 octobre 2021, la caisse a nié le droit à l'indemnité pour le mois de septembre 2021, au motif que la société avait déjà atteint, durant les périodes de décompte des mois de mai à août 2021, le maximum de quatre périodes de décompte à plus de 85% de perte de travail pour des raisons économiques.

i. Le 19 octobre 2021, la société a formé opposition à l'encontre de cette décision, faisant valoir que le décompte transmis le 7 octobre 2021 comportait une erreur dans le calcul des vacances d'une salariée, erreur commise par la fiduciaire dont le contrat avait été résilié pour cette raison.

La société a joint plusieurs documents, dont :

- un nouveau formulaire de demande pour le mois de septembre 2021 mentionnant un pourcentage de la perte de travail pour des raisons économiques de 81.28% ;
- le rapport concernant les heures perdues pour des raisons économiques, mentionnant un total de 70.56 heures pour Madame C_____ en lieu et place des 99.96 heures précédemment rapportées, l'intéressée ayant été en vacances du lundi 6 au vendredi 17 septembre 2021 inclus, et non pas du lundi 6 au vendredi 10 septembre 2021, comme initialement annoncé.

j. Le 25 novembre 2021, la caisse a enregistré le formulaire de demande d'indemnité en cas de RHT de la société pour le mois d'octobre 2021, faisant état d'une perte de travail pour des raisons économiques de 69.48%.

k. La caisse a établi son décompte le 29 novembre 2021 et versé à la société CHF 4'532.90 pour le mois d'octobre 2021.

l. Le 2 juin 2022, la caisse a prié la société de lui fournir tout document propre à prouver que C_____ était bien en vacances du 10 au 17 septembre 2021 inclus.

m. Par pli du 22 juin 2022, la société lui a transmis une lettre que lui avait adressée C_____ le 6 juin 2022, dans laquelle celle-ci avait confirmé avoir été en congé payé du 6 au 17 septembre 2021 compris. La missive mentionnait en outre que cette collaboratrice était domiciliée en Italie, Via D_____, à Varèse.

n. En date du 21 septembre 2022, la caisse a interrogé la société sur l'identité de la collaboratrice annoncée en congé maternité au mois de mars 2020, sur la poursuite des rapports de travail d'une employée qui n'apparaissait plus sur les formulaires à compter du mois d'août 2020, sur le lieu où C_____ et une autre collaboratrice exerçaient habituellement leur activité. Elle lui a en outre demandé si elle disposait de locaux et de quelle manière le temps de travail des collaborateurs était concrètement contrôlé.

o. Le 10 octobre 2022, la société a notamment répondu que depuis la fin des mesures sanitaires en mars 2022, les collaboratrices travaillaient en partie en télétravail, en partie dans les locaux de l'entreprise et en partie dans des déplacements liés aux opérations de leurs clients, en fonction des besoins et des possibilités. La société disposait de locaux où elle pouvait recevoir des clients, accueillir les employés et stocker son matériel. Durant l'année 2020 et en janvier 2021, elle était située au E_____, où elle sous-louait une partie des bureaux d'une autre société. Depuis le mois de février 2021, elle était au F_____, où elle avait son siège social depuis le mois de mars 2021. Le contrôle du temps de travail des collaborateurs s'effectuait par le remplissage de *timesheet*, qui détaillait les heures réalisées chaque jour, et si nécessaire, la nature des tâches réalisées. Cette feuille de temps était remise chaque mois par les salariés par voie électronique.

- B. a.** Par décision du 23 décembre 2022, la caisse a annulé et remplacé sa décision du 18 octobre 2021 et réclamé à la société la restitution de CHF 29'034.70, sous déduction du montant de CHF 4'809.05, soit un solde de CHF 24'225.65.

Elle avait procédé à des vérifications et constaté que C_____, au bénéfice d'un livret G, n'avait jamais été domiciliée à Genève. Le trajet le plus rapide entre son domicile et les bureaux de la société était de 3h47 pour une distance de 326 km concernant la première adresse de l'entreprise, respectivement de 3h46 et 326 km pour la seconde adresse. Dès lors que C_____ exerçait principalement son activité depuis l'étranger, elle n'était pas une ayant droit à l'indemnité en cas de RHT, de sorte que le montant des indemnités en cas de RHT versées pour les mois de mars à août 2020, d'avril à août 2021 et d'octobre 2021 était erroné.

En outre, les heures correspondant aux jours fériés devaient être comptabilisées dans la somme globale des heures à effectuer normalement, mais non dans la somme des heures perdues pour des raisons économiques. Il convenait donc de recalculer le montant des indemnités pour les périodes de décompte des mois d'avril, mai et juin 2020, et de mai 2021, puisque les 10 et 13 avril, 21 mai et 1^{er} juin 2020, 13 mai et 24 mai 2021 étaient des jours fériés.

Pour le mois de mars 2020, seules pouvaient être comptabilisées les heures perdues pour des raisons économiques entre les 22 et 31 mars 2020, période autorisée par l'OCE. De plus, les absences de l'employée en congé maternité ne devaient pas figurer dans les heures perdues pour des raisons économiques, mais cette collaboratrice devait être prise en compte dans la somme globale des heures à effectuer normalement.

Après rectification, la totalité du trop-perçu pour les périodes de décompte des mois de mars à août 2020, d'avril à août 2021 et d'octobre 2021 se montait à CHF 29'034.70 (CHF 2'068.95 pour mars 2020 ; CHF 2'905.40 pour avril 2020 ; CHF 3'149.80 pour mai 2020 ; CHF 2'838.20 pour juin 2020 ; CHF 2'381.05 pour juillet 2020, CHF 2'381.- pour août 2020 ; CHF 1'069.50 pour avril 2021 ;

CHF 3'116.20 pour mai 2021 ; CHF 2'614.25 pour juin 2021 ; CHF 2'503.85 pour juillet 2021, CHF 2'503.85 pour août 2021 ; CHF 1'502.65 pour octobre 2021).

Le pourcentage de la perte de travail pour des raisons économiques des périodes de décompte des mois de mai à août 2021 se montait respectivement à 90.48%, 100%, 100% et 77.27%, de sorte que la société n'avait pas atteint son quota de quatre périodes de plus de 85% et avait droit aux indemnités pour le mois de septembre 2021, sans tenir compte de C_____ et en déduisant les heures correspondant aux jours fériés dans la somme globale des heures à effectuer normalement, mais non dans la somme des heures perdues pour des raisons économiques. Le montant de l'indemnité en cas de RHT relative à ladite période de décompte se montait à CHF 4'809.05.

Elle a annexé de nouveaux formulaires de demande corrigés accompagnés des décomptes en restitution mentionnant les montants versés en trop, et le décompte de paiement pour le mois de septembre 2021.

b. Par courrier réceptionné le 25 janvier 2023, la société a formé opposition à l'encontre de la décision précitée, indiquant douter que C_____ ne soit pas une ayant droit à l'indemnité en cas de RHT et faisant valoir que le droit de demander le remboursement des indemnités en cas de RHT indûment perçues était périmé.

Elle avait rempli chaque mois le formulaire de manière claire et complète, et relevé que le montant versé suite à ses demandes n'avait jamais été celui inscrit sur son formulaire, ce qui démontrait que chaque demande faisait l'objet d'une observation minutieuse de la caisse et d'un calcul précis. Chacune de ses demandes avait donc été étudiée en profondeur avant un quelconque versement, et plusieurs d'entre elles avaient suscité des renseignements complémentaires, ce qui démontrait l'attention portée à chaque demande. Dès le mois de mai 2020, la caisse avait demandé et reçu des pièces supplémentaires, notamment les fiches de salaires complètes de C_____ qui mentionnaient son lieu de résidence. En août 2020, des certificats de salaire avaient été fournis, lesquels indiquaient également l'adresse de l'intéressée. Cela faisait ainsi 19 mois, soit environ 560 jours, que l'adresse de cette collaboratrice était connue de la caisse.

Le travail à distance était totalement contrôlable, puisque toutes ses activités nécessitaient une connexion à des systèmes d'informations fermés, étant en outre rappelé que le remplissage d'une feuille de temps répondait de toute façon aux obligations de contrôle du temps de travail. Elle n'avait aucun moyen de savoir que cette salariée n'avait pas le droit aux indemnités, alors que la caisse avait toutes les compétences nécessaires et la responsabilité d'étudier sa demande de RHT, et de l'accorder si elle était justifiée ou de la refuser si ce droit ne devait pas être admis. Elle ne pouvait être tenue responsable de l'erreur de versement des RHT qui avaient été acceptées par la caisse après un examen exhaustif.

La décision avait en outre été prise presque deux ans après que la caisse avait eu connaissance du fait qui motivait la demande de restitution, de sorte que le délai d'un an pour demander la restitution était éteint.

c. Par décision sur opposition du 28 mars 2024, la caisse a rejeté l'opposition, confirmant ainsi sa décision du 23 décembre 2022. Elle avait indemnisé la société pour les périodes de décompte des mois de mars à août 2020, d'avril à août 2021, et d'octobre 2021, à concurrence de CHF 100'796.55. Ces prestations, accordées selon une procédure simplifiée par la transmission de décomptes, avaient acquis force de chose décidée par l'écoulement du délai de trente jours.

Selon les déclarations et documents remis, il était très vraisemblable que C_____ exerçait son activité principalement depuis chez elle, en Italie, au vu de la distance et du temps de trajet entre son domicile et les locaux de la société. Partant elle n'était pas une ayant droit à l'indemnité en cas de RHT et il était manifeste qu'elle n'aurait pas dû être indemnisée. Il était en outre patent que le montant des indemnités en cas de RHT versées pour le compte de cette employée était suffisamment important, de sorte que les conditions d'une reconsidération étaient remplies.

Il était incontestable qu'au 1^{er} janvier 2021 le délai de péremption relatif d'un an n'était pas échu, de sorte que le nouveau délai de péremption relatif de trois ans était applicable. Cela étant, en tout état de cause et contrairement à ce que soutenait la société, chaque demande n'avait pas été étudiée en profondeur avant un quelconque versement, car cela ne pouvait raisonnablement être exigé d'elle, étant rappelé les circonstances de la pandémie. Dès lors, le délai de péremption relatif n'avait pu commencer à courir avant le mois de juin 2022, lorsqu'elle avait contrôlé le dossier de la société, après avoir éprouvé des doutes quant au fait que C_____ était une ayant droit à l'indemnité en cas de RHT. Ainsi, en rendant sa décision de remboursement le 23 décembre 2022, elle avait bien respecté les délais de péremption.

- C. a. Par acte expédié le 2 mai 2024, la société, représentée par B_____, a interjeté recours contre la décision sur opposition auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Elle a conclu, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision entreprise et subsidiairement à la libération immédiate du montant de sa créance de CHF 4'809.50 avec les intérêts moratoires usuels. En substance, elle a contesté la validité de la décision de remboursement, au motif que sa salariée et elle n'avaient commis aucune erreur, contrairement à l'intimée qui le reconnaissait. Elle a rappelé que les informations exactes et détaillées sur l'adresse précise de C_____ avaient été transmises dès la première demande de RHT, en mars 2020. Si l'intimée avait réellement procédé à un examen sommaire, elle lui aurait versé les montants demandés. Or, les variations entre les montants sollicités et ceux versés imposaient une étude active du dossier. Chaque demande était analysée et en cas de doute les indemnités n'étaient pas versées. Les conditions de la révision n'étaient en outre pas données, car la décision initiale se

basait sur le fait que l'horaire de C_____ ne serait pas contrôlable en télétravail, ce qui ne pouvait pas être considéré comme une erreur manifeste. De plus, la rectification ne revêtait aucune importance notable, les montants n'étant pas clairement définis, les exercices considérés étant clos et l'intimée étant « très largement bénéficiaire sur tous les exercices considérés ». La capacité de contrôle du télétravail était identique, que le travailleur se situe à 500 m du siège social ou à 500 km. En outre, il était établi et connu qu'elle n'avait pas eu de missions à transmettre en raison des mesures sanitaires. Ainsi, la perte de travail et le contrôle de l'horaire de travail d'un frontalier résidant à une grande distance étaient bien possibles. Elle ne voyait pas comment son employée, frontalière, au bénéfice d'un permis de travail valide et contrainte de faire du télétravail, aurait pu exercer son activité en Suisse.

Aucune information nouvelle ou différente n'avait été transmise à l'intimée entre 2020 et décembre 2022, de sorte que celle-ci aurait pu douter du bien-fondé de l'indemnisation dès le début, en faisant preuve de l'attention requise. L'adresse de sa salariée faisait partie du registre public et il ne lui incombait pas d'assumer les conséquences des mauvais choix opérationnels de l'administration. Elle s'interrogeait en outre sur la validité formelle de la décision attaquée, étant rappelé que l'intimée avait admis avoir cité des bases légales obsolètes dans sa décision, de sorte que son opposition avait peu de chances d'aboutir.

Elle a contesté le bien-fondé de la compensation, rappelant que sa créance de CHF 4'809.05 était due pour le mois de septembre 2021 et que le retard de son paiement lui causait un préjudice financier, alors que la prétention de l'intimée ne faisait l'objet d'aucune décision entrée en force. Ces décisions n'étaient donc pas au même stade procédural, de sorte qu'elle s'opposait au calcul de l'intimée.

Elle sollicitait une indemnité de dépens, aux tarifs usuels de la branche juridique, correspondant au temps investi pour défendre ses droits notamment rédiger son opposition alors que les bases légales citées dans la décision étaient fausses, et que son recours était inutile en cas de vice de forme.

b. Par décision du 7 mai 2024, la requête de la recourante tendant à l'assistance juridique a été rejetée.

c. Dans sa réponse du 18 septembre 2024, l'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, la recourante n'ayant apporté aucun élément nouveau lui permettant de revoir sa position.

d. La recourante ne s'est pas manifestée dans le délai accordé pour faire valoir d'éventuelles observations.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Elle connaît également, conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ, des contestations prévues à l'art. 49 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

1.2 À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à la LACI, à moins que la loi n'y déroge expressément.

1.3 Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement (art. 38 al. 4 let. a LPGA et art. 89C let. a LPA), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision sur opposition du 28 mars 2024, par laquelle l'intimée a confirmé sa décision du 23 décembre 2022 réclamant la restitution d'un montant de CHF 24'225.65, singulièrement sur le droit à l'indemnité en cas de RHT de C_____ et, cas échéant, le respect des délais de péremption.

3. Conformément à l'art. 31 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 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 ; 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).

L'art. 32 LACI précise que la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et qu'elle est d'au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (al. 1 let. a et b). Pour les cas de rigueur, le Conseil fédéral règle la prise en considération de pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, à des pertes de clientèle dues aux conditions météorologiques ou à

d'autres circonstances non imputables à l'employeur (al. 3, 1^{ère} phrase). Le Conseil fédéral a ainsi prévu à l'art. 51 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02) que les pertes de travail consécutives à des mesures prises par les autorités, ou qui sont dues à d'autres motifs indépendants de la volonté de l'employeur, sont prises en considération lorsque l'employeur ne peut pas les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou faire répondre un tiers du dommage.

L'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut pas être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable. Aux termes de l'art. 46b OACI, 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).

En vertu de l'art. 110 OACI, l'organe de compensation de l'assurance-chômage contrôle à intervalles réguliers, soit de manière approfondie soit par sondages, si les versements des caisses ont été effectués à bon droit (al. 1). L'organe de compensation de l'assurance-chômage 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 (al. 4).

3.1 L'exception de l'art. 33 al. 1 let. a LACI ne vaut pas seulement pour les pertes de travail dues à des facteurs d'ordre économique selon l'art. 32 al. 1 LACI, mais s'applique également aux cas de rigueur au sens des art. 32 al. 3 LACI et 51 OACI (ATF 138 V 333 consid. 4.2.1 ; 128 V 305 consid. 4b ; 121 V 371 consid. 2c et les références).

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), 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. La perte de travail pour laquelle l'assuré fait valoir ses droits est ainsi réputée suffisamment contrôlable uniquement si les heures effectives de travail peuvent être contrôlées pour chaque jour : c'est la seule façon de garantir que les heures supplémentaires qui doivent être compensées pendant la période de décompte soient prises en considération dans le calcul de la perte de travail mensuelle. À 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 après. 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) (arrêts du Tribunal fédéral 8C_699/2022 du 15 juin 2023 consid. 5.2.1 ; 8C_681/2021 du 23 février 2022 consid. 3.3 et 3.4 ; 8C_26/2015 du 5 janvier 2016 consid. 2.3 et les références). La contrôlabilité de la perte d'emploi ne peut être fiable que si, abstraction faite des erreurs isolées, qui peuvent se produire, aucune inexactitude ne se dégage (arrêts du Tribunal fédéral 8C_276/2019 du 23 août 2019 consid. 3.1 et 5.1 et 8C_1026/2008 du 30 juillet 2009 consid. 4.2.2 et les références).

En outre, selon la jurisprudence, on ne saurait pallier à l'absence de documents de contrôle satisfaisant aux exigences légales et jurisprudentielles au moyen de témoignages ultérieurs des travailleurs concernés par la réduction de l'horaire de travail ou d'autres personnes (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 229/00 du 30 juillet 2001 consid. 1b).

3.2 Le Bulletin LACI RHT édicté par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT les travailleurs dont la perte de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable. Or, il est impossible de déterminer la perte de travail si l'horaire de travail normal ne peut être établi de manière fiable parce qu'aucun accord contractuel concernant le travail à fournir n'a été conclu entre l'employeur et le travailleur (Bulletin LACI RHT B30).

N'est pas suffisamment contrôlable l'horaire de travail des personnes qui exercent leur activité principalement à l'étranger pour le compte d'une entreprise sise en Suisse. Exemple : Un employé d'une entreprise ayant son siège en Suisse qui a travaillé pendant 3 mois comme assistant technique en Autriche n'a pas droit à l'indemnité en cas de RHT (Bulletin LACI RHT B32).

Selon la jurisprudence, les directives administratives s'adressent aux organes d'exécution. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce et cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Le juge peut les prendre en considération lorsqu'elles permettent une application correcte des dispositions légales dans un cas d'espèce. Il doit en revanche s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas

conformes aux règles légales applicables (ATF 148 V 144 consid. 3.1.3 ; 148 V 102 consid. 4.2 ; 145 V 84 consid. 6.1.1 ; 142 V 442 consid. 5.2).

Le Tribunal cantonal des assurances du Canton du Tessin a déjà eu l'occasion de relever que lorsqu'une entreprise établie en Suisse emploie du personnel à l'étranger, les contrôles effectués par le SECO ne permettent pas de vérifier de manière fiable l'absence d'abus, du fait que l'activité n'est pas exercée sur place, mais à l'étranger. Il a jugé que le point B32 du Bulletin LACI est conforme aux art. 31 al. 3 let. a LACI et 46b OADI, ainsi qu'aux art. 83a LACI et 110 OADI et que, par conséquent, le temps de travail des personnes qui exercent leur activité principalement à l'étranger pour le compte d'une entreprise établie en Suisse n'est pas suffisamment contrôlable, quel que soit le système de contrôle des heures de travail dont dispose l'entreprise elle-même (arrêts 38.2021.78 du 8 mars 2021 et arrêts 38.2022.90 du 27 mars 2023).

3.3 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 (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 OADI (cf. ATAF 2021 V/2 consid. 4.4.2, 4.6 et 4.10 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-1045/2022 du 26 octobre 2023 consid. 7 et B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 7.3.1).

3.4 Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 et la référence ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et la référence).

- 4.** En l'occurrence, il peut être tenu pour établi, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que C_____, qui est domiciliée à Varèse en Italie, soit à plus de 320 km de son lieu de travail, a principalement exercé son activité professionnelle depuis son domicile, et ce indépendamment des restrictions liées à la pandémie. Il est en effet peu plausible que cette collaboratrice ait habituellement travaillé à Genève, chaque trajet en voiture requérant environ

3h45, soit une durée quotidienne de déplacement de 7h30. La recourante ne le prétend d'ailleurs pas.

Or, comme relevé ci-dessus, l'indemnité en cas de RHT ne peut être calculée et versée que si l'ampleur de la perte à indemniser est connue. Cette exigence conduit, d'une part, à la nécessité impérative d'un contrôle du temps de travail et, d'autre part, à l'exclusion de certaines catégories de travailleurs du bénéfice du droit, dès lors que leur perte de travail est généralement considérée comme insuffisamment déterminable.

Dès lors que le travail à l'étranger entrave en soi des vérifications efficaces afin d'obtenir des éléments déterminant pour contrôler que l'entreprise a reçu des indemnités en cas de RHT à bon droit ou non, et donc pour constater d'éventuels abus, l'intimée a retenu à juste titre que le temps de travail de C_____ était insuffisamment contrôlable, quel que soit le système de vérification des heures de travail mis en place par la recourante.

Pour le reste, la recourante ne remet pas en cause les autres corrections effectuées par l'intimée dans sa décision du 22 décembre 2023.

Enfin, la recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que tous ses employés étaient au chômage technique en raison de la pandémie, de sorte que la perte de travail était avérée et contrôlable. En effet, le temps de travail à l'étranger est en tout état considéré comme insuffisamment contrôlable. De plus, au vu de son but social, la situation de la recourante ne saurait être comparée à celle d'une entreprise touchée par des interdictions d'exploitation en tant que mesures restrictives pour lutter contre la pandémie.

L'intimée a donc conclu à bon droit que C_____ n'avait pas droit aux indemnités en cas de RHT.

5. Selon l'art. 95 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c^{bis} al. 4 (al. 1). La caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort. Lorsque l'employeur est responsable de l'erreur, il ne peut exiger de ses travailleurs le remboursement de l'indemnité (al. 2).

Une telle restitution suppose toutefois que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale des décisions par lesquelles les prestations litigieuses ont été allouées (ATF 122 V 21 consid. 3a ; 122 V 368 consid. 3 et la jurisprudence citée). Cela vaut aussi, en principe, pour les prestations qui ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle (ATF 122 V 369 consid. 3).

5.1 Aux termes de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux

moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). 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 (al. 2).

La jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle (art. 53 al. 1 LPGA), à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 129 V 200 consid. 1.1 ; 127 V 466 consid. 2c et les références), de la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond (art. 53 al. 2 LPGA), à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. Ainsi, par le biais d'une reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit (ATF 147 V 167 consid. 4.2 et la référence). L'obligation de restituer des prestations complémentaires indûment touchées et son étendue dans le temps n'est pas liée à une violation de l'obligation de renseigner (ATF 122 V 134 consid. 2e). Il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal après la découverte du fait nouveau (arrêt du Tribunal fédéral 9C_398/2021 du 22 février 2022 consid. 5.1).

Lorsque le versement de prestations indues repose sur une erreur de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 148 V 217 consid. 5.1.2 ; 146 V 217 consid. 2.2 ; 139 V 570 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_78/2022 du 3 octobre 2022 consid. 4.5 ; 8C_262/2017 du 8 août 2017 consid. 3.1).

Le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité. Ou bien cette condition légale est réalisée, ou bien elle fait défaut. Lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît donc comme sans nul doute erroné. Vouloir émettre des doutes à ce sujet revient à inverser le fardeau de la preuve qui, sur ce point particulier, incombe clairement à l'employeur (arrêts du Tribunal fédéral C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 ; C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 3 ; DTA 1998 n. 35 p. 200 consid. 4b ; 1996/1997 n. 28 p. 157ss consid. 3).

Ainsi, une décision par laquelle des indemnités en cas de RHT sont octroyées à des employés dont la perte de travail est incontrôlable doit être considérée comme étant manifestement erronée (Boris RUBIN, Assurance chômage et service public

de l'emploi, 2019, note de bas de page 858 p. 208 et l'arrêt du Tribunal fédéral cité 8C_731/2011 du 24 janvier 2011).

5.2 Conformément à l'art. 100 al. 1 LACI, une décision est rendue dans les cas relevant des art. 36 al. 4, 45 al. 4 et 59c, de même que dans les cas faisant l'objet d'une demande en réparation. Pour le reste, en dérogation à l'art. 49 al. 1 LPGA, la procédure simplifiée prévue à l'art. 51 LPGA est applicable, sauf si la demande a été entièrement ou partiellement rejetée.

L'art. 51 al. 1 LPGA dispose que les prestations, créances et injonctions qui ne sont pas visées à l'art. 49 al. 1, peuvent être traitées selon une procédure simplifiée.

Aussi longtemps que des prestations accordées (de façon formelle ou informelle) n'ont pas acquis force de chose décidée, soit dans les 30 jours pour l'administration, celle-ci peut revenir sur leur octroi sans que soient réalisées les conditions mentionnées au ch. marg. A6 et ss. Le délai de 30 jours court dès le prononcé de la décision qui doit être corrigée ou dès le versement des prestations. (Directive LACI RCRE A3).

Depuis le printemps 2020, le recours à la RHT - et donc à l'indemnité en cas de RHT - suit l'évolution de la situation épidémiologique et des mesures prises par les autorités pour lutter contre la propagation du coronavirus, en particulier l'ampleur des restrictions imposées à l'activité économique. La procédure de décompte sommaire a été introduite pour traiter rapidement les décomptes de RHT. Elle a permis d'alléger la tâche administrative des caisses de chômage, soumises alors à un nombre de demandes d'indemnité en cas de RHT qui n'avait jamais connu un tel niveau auparavant. Elle a également permis de verser rapidement les indemnités et d'aider sans tarder les entreprises touchées par les restrictions économiques. En comparaison, la procédure de décompte ordinaire est plus lourde administrativement parlant. Vu que le nombre de demandes d'indemnité en cas de RHT est demeuré élevé pendant des mois, le Conseil fédéral a prolongé plusieurs fois la procédure de décompte sommaire (*cf.* rapport explicatif du SECO relatif à la modification de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage : prolongation de la procédure de décompte sommaire, p. 3).

5.3 L'art. 25 LPGA dispose que les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1). Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021).

Dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, l'art. 25 al. 2 LPGA prévoyait un délai relatif d'une année.

Cela étant, l'application du nouveau délai de péremption aux créances déjà nées et devenues exigibles sous l'empire de l'ancien droit est admise, dans la mesure où la péremption était déjà prévue sous l'ancien droit et que les créances ne sont pas encore périmées au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 134 V 353 consid 3.2 ; 131 V 425 consid 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_540/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1).

Le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 140 V 521 consid. 2.1 ; 139 V 6 consid. 4.1). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue à restitution (ATF 146 V 217 consid. 2.1 et les références). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. À défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (arrêt du Tribunal fédéral 9C_454/2012 du 18 mars 2013 consid. 4, non publié in ATF 139 V 106, et les références).

6. En l'espèce, selon les décomptes de l'intimée, la somme des indemnités indûment perçues s'élève à CHF 29'034.70 (CHF 2'068.95 pour mars 2020 ; CHF 2'905.40 pour avril 2020 ; CHF 3'149.80 pour mai 2020 ; CHF 2'838.20 pour juin 2020 ; CHF 2'381.05 pour juillet 2020, CHF 2'381.- pour août 2020 ; CHF 1'069.50 pour avril 2021 ; CHF 3'116.20 pour mai 2021 ; CHF 2'614.25 pour juin 2021 ; CHF 2'503.85 pour juillet 2021, CHF 2'503.85 pour août 2021 ; CHF 1'502.65 pour octobre 2021).

Comme déjà constaté, C_____ ne pouvait pas être considérée comme une ayant droit aux indemnités en cas de RHT, au vu de son lieu de travail habituel qui excluait *de facto* un contrôle suffisant de son horaire de travail. L'octroi des prestations litigieuses apparaît donc erroné. À toutes fins utiles, il sera rappelé que la recourante ne fait valoir aucun autre grief à l'encontre des décomptes. De plus, au vu de l'ampleur des indemnités versées, la rectification des décisions revêt une importance notable, de sorte que les conditions de la reconsidération sont réalisées.

Le fait que la recourante se soit conformée à son obligation de renseigner et qu'un examen initial plus approfondi aurait permis d'éviter une décision erronée ne permet pas de parvenir à une autre conclusion, étant souligné que les prestations ont été allouées en application de la procédure de décompte sommaire.

S'agissant des délais de péremption, les premières indemnités litigieuses ont fait l'objet d'un décompte le 31 mars 2020. Ainsi, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le délai de péremption relative d'une année n'avait pas déjà expiré, de sorte que la créance de l'intimée n'était pas déjà périmée. Le nouveau délai de trois ans s'applique donc. L'intimée a rendu la décision de restitution le 23 décembre 2022, laquelle a été confirmée sur opposition le 28 mars 2024. Elle a donc manifestement agi en temps utiles.

Que l'intimée ait erronément cité l'ancien délai relatif d'une année dans la décision initiale n'est pas de nature à remettre en cause la validité de la décision litigieuse, laquelle corrige cette inadvertance. En outre, la recourante a pu valablement faire valoir ses arguments en pleine connaissance de cause dans le cadre du présent recours.

Enfin, il sera relevé à l'attention de la recourante, qui se prévaut de sa bonne foi, que la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte et qu'une demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force (arrêt du Tribunal fédéral 8C_118/2022 du 9 août 2022 consid. 4.3.2 et la référence).

7. Le recours, infondé, ne peut qu'être rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA ; art. 61 let. f^{bis} LPGA *a contrario*).

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Melina CHODYNIECKI

Joanna JODRY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le