



Cour II
B-3732/2023

Arrêt du 5 juin 2024

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Daniel Willisegger, Mia Fuchs, juges,
Lu Yuan, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Christophe Sansonnens, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail / Assurance-chômage,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,
représenté par Maîtres Isabelle Häner et Florian Brunner,
Bratschi SA,
Bahnhofstrasse 70, Case postale, 8021 Zurich 1,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

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

Le 13 septembre 2022, Ernst & Young SA, agissant au nom du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO ou l'autorité inférieure) a procédé au contrôle du bien-fondé de ces indemnités.

B.

Par décision du 5 avril 2023, le SECO a requis X._____ SA de restituer à la Caisse cantonale des prestations perçues indûment pour un montant de (...) francs. En substance, il a considéré qu'en l'absence d'un système de contrôle de l'horaire de travail fiable, il n'était pas possible, pour certains mois et pour certains employés, 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. De même, il a procédé à certaines adaptations pour tenir compte notamment, d'absence dues à d'autres motifs, d'activités effectuées alors que des heures perdues avaient été revendiquées et des éléments à prendre en considération pour la détermination des salaires.

C.

Statuant sur opposition de la recourante du 1^{er} mai 2023, le SECO l'a rejetée par décision du 2 juin 2023.

D.

Le 3 juillet 2023, X._____ SA a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut sous suite de frais et dépens à l'annulation de celle-ci, comme de celle du 5 avril 2023, et à ce qu'elle ne soit tenue de restituer aucun montant à la Caisse de chômage. A l'appui de ses conclusions, elle affirme d'abord que l'autorité inférieure a, en l'espèce, procédé à une révision dès lors qu'elle s'est fondée sur des faits et moyens de preuve nouveaux découverts le 13 septembre 2022 ; de même, on ne saurait considérer que la Caisse cantonale a commis une erreur manifeste en octroyant les indemnités perçues puisque ce n'est que l'examen minutieux des documents lors du contrôle du 13 septembre 2022 qui l'ont révélée. Elle en déduit que la décision intervenue au-delà du délai de 90 jours suivant la découverte de ces faits et moyens de preuve nouveaux est tardive. A titre subsidiaire, elle estime que le même délai

devrait de toute manière être respecté si l'on estime que la décision du 5 avril 2023 consiste en une reconsidération. Se fondant sur un arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, elle indique qu'il s'agit là d'un principe général du droit et que rien ne justifie une solution différente que l'on soit en présence d'une révision ou d'une reconsidération.

E.

Dans sa réponse du 11 septembre 2023, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours. Elle précise que le terme de décision sur révision découle de la législation sur l'assurance-chômage mais que la décision du 5 avril 2023 consiste en une reconsidération. De même, se fondant sur la jurisprudence des tribunaux fédéraux, elle estime que la reconsidération n'est pas soumise à un délai de 90 jours dès la découverte d'erreurs, précisant que le délai de trois ans prévu par la loi pour réclamer le remboursement des indemnités est quant à lui respecté. Pour le surplus, elle indique que les conditions de restitution des prestations sont remplies ; en particulier, elle estime que les erreurs découvertes sont manifestes.

F.

Par réplique du 20 septembre 2023, la recourante a maintenu ses conclusions. Elle conteste notamment que la jurisprudence du Tribunal fédéral se soit exprimée sur le point de savoir si un délai de 90 jours dès la découverte des motifs doit être observé en cas de reconsidération. Enfin, elle affirme que les erreurs constatées par le SECO ne sauraient être considérées comme manifestes faute de quoi elles auraient pu être décelées d'emblée et non uniquement lors du contrôle du 13 septembre 2022.

G.

L'autorité inférieure s'est encore exprimée le 5 octobre 2023 persistant dans ses conclusions.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que besoin, dans les considérants en droit.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 Le tribunal est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] ; art. 101 de la loi 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 LPGGA). Les autres conditions de recevabilité sont également respectées (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]).

Le recours est donc en principe recevable.

1.3 Dans la mesure où la recourante conclut à l'annulation de la décision de révision du 5 avril 2023, le présent recours est toutefois irrecevable, étant donné l'effet dévolutif de l'opposition (cf. art. 56 LPGGA ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 2133 ; s'agissant du recours : cf. ATF 126 II 300 consid. 2a et 125 II 29 consid. 1c).

2.

De manière générale, la recourante se prévaut de l'objection de prescription pour contester la créance en restitution arrêtée par l'autorité inférieure. Pour ce faire, elle se réfère à l'art. 67 al. 1 PA, qui prévoit que la demande de révision doit être adressée dans les 90 jours qui suivent la découverte du motif de révision. Elle considère que l'autorité inférieure a procédé à une révision au sens de l'art 53 al. 1 LPGGA dès lors que les erreurs constatées découlent de faits et moyens de preuve nouveaux découverts lors du contrôle du 13 septembre 2022 et ne peuvent être considérées comme manifestes. A titre subsidiaire, elle avance que le même délai serait de toute manière applicable en cas de reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGGA.

3.

A titre liminaire, il y a lieu de qualifier juridiquement la décision du 5 avril 2023 à l'aune de la législation sur l'assurance-chômage relative à la compensation du manque à gagner en cas de réduction de l'horaire de travail, c'est-à-dire déterminer s'il s'agit d'une révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGGA ou d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGGA. Cette question a en effet une incidence quant à l'application ou non du délai de l'art. 67 al. 1 PA.

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

3.1.1 L'art. 31 al. 1 LACI prévoit que les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), la perte de travail doit être prise en considération (art. 32 LACI) (let. b), le congé n'a pas été donné (let. c), la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d). Selon l'art. 32 al. 1 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b). 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 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) 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).

3.1.2 Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

L'organe de compensation – qui "est administré par le SECO" (art. 83 al. 3 LACI) – révisé les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (art. 83 al. 1 let. d LACI). Lorsqu'il constate que les prescriptions légales ne sont pas appliquées ou ne le sont pas correctement, il donne à la caisse ou à l'autorité compétente les instructions nécessaires (art. 83a al. 1 LACI). En matière de contrôles auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision ; la caisse est chargée de l'encaissement (art. 83a al. 3 LACI). 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 (art. 95 al. 2 LACI ; cf. ATAF 2021 V/2 consid. 6.1).

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 (art. 110 al. 4 OACI). L'organe de compensation communique à l'employeur, par voie de décision, le résultat du contrôle effectué auprès de ce dernier. La caisse se charge de l'encaissement des éventuels montants à rembourser en se fondant sur la décision de l'organe de compensation (art. 111 al. 2 OACI).

3.1.3 Aussi, 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 la restitution des prestations perçues indûment (arrêt B-2480/2020 précité consid. 3.5).

3.2 De manière générale, l'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération 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) ; il doit exister un titre de révocation (cf. MARGIT MOSER-SZELESS, in : Commentaire romand, Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales, 2018, [ci-après : commentaire romand] art. 53 LPGA n°33). L'assureur peut reconsidérer une décision formellement entrée en force de chose décidée – et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond –, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA). En outre, par analogie avec la révision des décisions judiciaires, l'assureur est tenu de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts

des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (art. 53 al. 1 LPGA).

3.3 La recourante et l'autorité inférieure divergent quant à la qualification de la décision ordonnant la restitution des prestations perçues de la part de la caisse de chômage : la recourante est d'avis que l'obligation de restituer ne peut résulter que d'une révision procédurale alors que l'autorité inférieure considère avoir procédé à une reconsidération.

3.4

3.4.1 La révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA a été calquée sur la voie extraordinaire de la révision de la procédure judiciaire. Elle entre ainsi en considération en cas de découverte de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente. La notion de faits ou moyens de preuve nouveaux s'apprécie de la même manière en cas de révision (procédurale) d'une décision administrative (art. 53 al. 1 LPGA), de révision d'un jugement cantonal (art. 61 let. i LPGA) ou de révision d'un arrêt fondée sur l'art. 123 al. 2 let. a LTF (cf. arrêt du TF 9C_764/2009 du 26 mars 2010 consid. 3.1). Sont "nouveaux" au sens de ces dispositions, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte (cf. ATF 134 III 669 consid. 2.2 et les réf. cit.). Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit les faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Dans ce contexte, le moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Il faut des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs (cf. ATF 127 V 353 consid. 5b et les réf. cit. ; arrêts du TF 8C_422/2011 du 5 juin 2012 consid. 4, 8F_9/2010 du 10 mars 2011 consid. 3.1 et 8C_934/2009 du 24 février 2010 consid. 2.1).

3.4.2 Quant à la reconsidération de l'art. 53 al. 2 LPGA, elle permet de corriger une décision ou une décision sur opposition entrée en force de chose décidée alors qu'elle reposait d'emblée sur une application initiale erronée du droit, y compris une appréciation insoutenable des faits. Elle

est subordonnée à deux conditions à savoir que la décision soit entachée d'une erreur manifeste et que sa rectification revête une importance notable (cf. ATF 138 V 147 consid. 2.3). Il y a en règle générale erreur manifeste lorsque le droit à la prestation sociale a été admis en application de fausses bases légales ou que les normes déterminantes n'ont pas été appliquées ou encore qu'elles l'ont été de manière incorrecte (cf. ATF 140 V 77 consid. 3.1 et 138 V 324 consid. 3.3). Une application erronée de la jurisprudence peut également entraîner l'erreur manifeste de la décision. La condition de l'erreur est en outre réalisée lorsque la décision a été rendue sur la base d'un état de fait incomplet établi en violation de la maxime inquisitoire (cf. arrêts du TF 8C_277/2020 du 17 août 2020 consid. 4.1 et 9C_633/2015 du 3 novembre 2015 consid. 3.2). L'irrégularité de la décision ne saurait résulter lorsque l'appréciation des preuves apparaît admissible, l'erreur n'est manifeste que lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision était erronée (cf. ATF 125 V 383 consid. 6a ; arrêt du TF 9C_508/2015 du 4 mars 2016 consid. 3). L'assureur n'est toutefois pas tenu de reconsidérer les décisions qui réalisent ces conditions ; il en a simplement la faculté. Ceci a pour corollaire qu'il n'existe pas de droit à la reconsidération que l'assuré pourrait faire valoir en justice (cf. ATF 133 V 50 consid. 4.1).

3.5 La recourante ne conteste plus le caractère non contrôlable des heures prétendument perdues ; elle fait en revanche valoir que l'autorité inférieure était habilitée à agir par la seule voie de la révision procédurale. Elle estime que l'autorité intimée s'est fondée sur les documents consultés lors du contrôle du 13 septembre 2022, à savoir sur des faits et des moyens de preuve nouveaux découverts à ce moment-là, pour prétendre que les prestations perçues étaient indues. Si la décision d'octroi avait été entachée d'erreur manifeste, l'autorité inférieure eût dû s'en rendre compte antérieurement.

L'autorité inférieure indique quant à elle que le terme de décision sur révision découle de la législation sur l'assurance-chômage mais que la décision du 5 avril 2023 consiste en une reconsidération.

3.6 Comme déjà indiqué (cf. supra consid. 3.1.2), la caisse est tenue, en vertu de l'art. 95 al. 2 LACI, d'exiger 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. Le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité. En effet, si cette condition n'est pas réalisée, l'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit expressément que l'indemnité pour réduction de l'horaire de

travail n'est pas due. Aussi, soit cette condition légale est réalisée, soit elle fait défaut. Toutefois, elle ne fait pas l'objet d'un examen approfondi au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation ; l'employeur, qui ne dispose pas nécessairement des documents idoines à ce stade, ne doit pas les remettre mais les conserver dans la perspective d'un éventuel contrôle a posteriori (cf. supra consid. 3.1.3).

Il s'ensuit que lorsque, comme en l'espèce, la réduction de l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations était d'emblée contraire au droit ; en effet l'une des conditions de fond y donnant droit faisait défaut. Nous ne sommes pas ici en présence de faits nouveaux, qui consisteraient en la découverte des documents examinés lors du contrôle subséquent. Ces documents sont en effet supposés non seulement d'emblée exister mais encore démontrer le caractère contrôlable de la perte de l'horaire du travail. Lorsque ce n'est pas le cas, la décision octroyant des indemnités se révèle donc comme sans nul doute erronée ou entachée d'erreur manifeste. C'est à l'employeur requérant des indemnités pour ses travailleurs qu'incombe la détermination et la contrôlabilité de la perte de travail (cf. art. 46b OACI en lien avec l'art. 31. al. 3 LACI). Considérer que la constatation du défaut de contrôlabilité lors de la révision de l'entreprise par l'autorité inférieure consisterait en un fait nouveau au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA reviendrait à exiger de celle-ci qu'elle détermine et contrôle la perte de travail alléguée au stade de l'octroi déjà. Cela reviendrait alors à inverser le fardeau de la preuve qui, sur ce point particulier, incombe clairement à l'employeur (cf. arrêt du TF C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 3 et les réf. cit.).

Aussi, il y a lieu d'admettre que lorsque le caractère contrôlable de la perte de travail fait défaut, la décision d'octroi de prestations est initialement contraire au droit. Cette constatation par l'autorité inférieure ouvre donc bien en principe la voie de la reconsidération de l'art. 53 al. 2 LPGA et non de la révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA (cf. arrêts du TF 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 5, 8C_731/2011 du 24 janvier 2012 consid. 2 ; arrêts du TAF B-3764/2023 du 3 avril 2024 consid. 5, B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 6.5, B-4559/2021 du 20 octobre 2022 consid. 2.3.1, B-5208/2017 du 14 janvier 2019 consid. 2.3 s. et B-2418/2012 du 15 novembre 2012 consid. 3.2).

3.7 En l'espèce, dès lors qu'il n'est plus contesté que les heures prétendument perdues ne sont pas suffisamment contrôlables, il y a lieu de retenir que les décisions par lesquelles les indemnités ont été versées à la recourante étaient entachées d'inexactitude manifeste.

L'argumentation de la recourante selon laquelle seule la voie de révision était possible ne convainc pas.

Par décision du 5 avril 2023, l'autorité inférieure a ainsi bel et bien procédé à une reconsidération de sa décision d'octroi d'indemnités au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA.

4.

Dans un deuxième temps, il convient d'examiner si les autres conditions de la reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA sont réunies, et partant si le titre de restitution des prestations est valable.

4.1 D'abord, il est évident que la rectification des décisions d'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail revêt une importance notable (cf. dans le même sens : arrêt du TAF B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 6.7). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

4.2 La recourante prétend en revanche que l'autorité inférieure aurait agi de manière tardive. En d'autres termes, elle estime que la reconsidération est, comme la révision procédurale, soumise à délai et que celui-ci n'a pas été respecté en l'espèce. Elle se fonde notamment pour cela sur un arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg.

L'autorité inférieure est quant à elle d'avis qu'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA n'est soumise à aucun délai ; seule l'est la restitution des prestations.

4.2.1 En cas de révision, les délais de la PA sont applicables dès lors que cette réglementation constitue un principe général. Il s'ensuit que la demande de révision doit être adressée à l'autorité qui a pris la décision dont le requérant souhaite la révision dans les 90 jours qui suivent la découverte du motif de révision mais au plus tard dans les dix ans après la notification de la décision (cf. ATF 143 V 105 consid. 2.1; MOSER-SZELESS, op. cit., art. 53 LPGA n°60 ss).

4.2.2 L'art. 53 al. 2 LPGA ne prévoit pas de délai dans lequel l'assureur social serait tenu de reconsidérer ses décisions, sous peine de péremption. Un délai de 10 ans (comme le prévoit expressément l'art. 67 al. 1 PA) courant à partir de la décision initiale dont la reconsidération est examinée a été évoqué par le Tribunal fédéral mais finalement écarté ; l'assureur social est ainsi en droit de revenir sur une décision par la voie de la reconsidération même plus de dix ans après son prononcé (cf. ATF 140

V 514 consid. 3 ; arrêts du TAF B-1806/2021 du 22 février 2022 consid. 6.5, B-1858/2022 du 17 mars 2023 consid. 5.2 et B-5863/2020 du 1^{er} mars 2022 consid. 4.2 ; MOSER-SZELESS, op. cit., art. 53 LPGA n° 93; UELI KIESER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4^{ème} éd., art. 53 LPGA n° 80). Cette règle a pour corolaire que l'administré peut requérir en tout temps la reconsidération d'une décision entrée en force (cf. ATF 113 Ia 146 consid. 3a ; DUBEY/ZUFFEREY, op.cit., n° 2143). L'autorité saisie peut néanmoins la considérer comme tardive, en application des règles de la bonne foi. Cette procédure ne saurait, en effet, servir de prétexte à remettre continuellement en question des décisions entrées en force ni à éluder les dispositions légales sur les délais de recours (cf. ATF 138 I 61 consid. 4.5 et 136 II 177 consid. 2.1 s. ; ATAF 2019 I/8, consid. 4.2.1 ss).

4.2.3 Dans un cas comme dans l'autre, le droit de demander la restitution des prestations indûment perçues s'éteint, en application de l'art. 25 al. 1 LPGA, trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait et au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (cf. arrêts du TAF B-1806/2022 du 22 février 2023 consid. 6.5 et B-5863/2020 du 1^{er} mars 2022 consid. 4.2 ; SYLVIE PÉTREMAND, in : commentaire romand, art. 25 LPGA n° 81 ss ; BORIS RUBIN, in : Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, art. 95 LACI, n° 21 ss). La détermination du dies a quo est interprétée de manière restrictive ; le délai de trois ans commence à courir dès le moment où l'assureur aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restitution en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui (cf. arrêt du TF 8C_677/2017 du 23 février 2018 consid. 7.1). Aussi, lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai de l'art. 25 al. 2 LPGA 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 comptable) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (cf. ATF 148 V 217 consid. 5, 146 V 217 consid. 2.2 ; arrêt du TF 8C_652/2012 du 6 décembre 2012 consid. 6).

4.3 En l'occurrence, il a été démontré que, par décision du 5 avril 2023, l'autorité inférieure a reconsidéré sa décision d'octroi d'indemnités en application de l'art. 53 al. 2 LPGA (cf. supra consid. 3). Or, la reconsidération n'est soumise à aucun délai ; seuls s'appliquent les délais applicables à la restitution des prestations (cf. supra 4.2.2 s.). Sur ce point, il faut d'abord relever que la jurisprudence non publiée citée par la recourante – qui indique, en évoquant l'art. 67 PA, qu'une date limite à la

reconsidération était souhaitable dans l'intérêt de la sécurité du droit (cf. arrêt du TF I 276/04 du 28 juillet 2004 consid. 2.1) – n'est plus d'actualité depuis l'arrêt publié aux ATF 140 V 514 consid. 3 qui tranche sans équivoque possible le point. De plus, même s'il n'est question dans cet arrêt que du seul délai absolu de dix ans de l'art. 67 PA, on ne saisit pas en quoi il pourrait en aller différemment pour le délai relatif de 90 jours. En effet, dans un cas comme dans l'autre, les délais de l'art. 25 al. 2 LPGA suffisent à satisfaire aux exigences du principe de la sécurité du droit (cf. ATF 140 V 514 consid. 3.5). En outre, le renvoi de l'art. 55 LPGA ne peut opérer puisque la PA ne traite pas de la reconsidération – à l'exclusion de l'art. 58 PA, qui concerne uniquement celle intervenant *pendente lite* et n'est donc nullement applicable en l'espèce – et que, selon la pratique, elle n'est soumise à aucun délai sous réserve du respect des règles de la bonne foi (cf. supra consid. 4.2.2 in fine).

On ne saurait non plus suivre l'argumentation de la recourante qui prétend que les délais applicables en matière de révision devraient également être retenus, en cas de reconsidération, en qualité de principe général du droit. S'il est vrai que l'arrêt cantonal fribourgeois, auquel elle se réfère, ne distingue pas la révision de la reconsidération lors de la présentation du droit (cf. arrêt du TC FR 605 2020 210 du 22 avril 2021 consid. 6.3), il n'en demeure pas moins que, lorsqu'il applique le délai de 90 jours, il considère indubitablement que la procédure en cause est une révision procédurale (cf. arrêt du TC FR précité consid. 8). De même, lorsqu'il se réfère au délai de l'art. 67 al. 1 et 2 PA, il cite expressément un arrêt du Tribunal fédéral ayant trait à la révision procédurale et nullement à la reconsidération (arrêt du TF I 8/05 du 31 janvier 2006 consid. 4.2). Il suit de là que la recourante ne saurait rien déduire de l'arrêt cantonal cité.

De même, on constate qu'en présence d'une reconsidération, le Tribunal fédéral ne s'est jusqu'ici jamais soucié, lorsque la tardiveté d'une décision est invoquée et qu'en outre le délai de l'art. 67 al. 1 est échu, de savoir si le titre de restitution avait été rendu en temps utile mais s'est limité à examiner si la demande de restitution était ou non périmée au sens de l'art. 25 al. 2 LPGA (cf. arrêts du TF 8C_719/2008 du 1^{er} avril 2008 consid. 4, 8C_218/2015 du 7 septembre 2015 consid. 5.2 et 8C_469/2011 du 29 décembre 2011 consid. 2).

Enfin, le fait de soumettre la révision procédurale (art. 53 la. 1 LPGA) à des délais à l'exclusion de la reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) n'apparaît nullement injustifié puisque la première intervient pour des motifs bien

déterminés, notamment des faits et moyens de preuve nouveaux, alors que la seconde repose sur une erreur de droit manifeste (cf. supra consid. 3.5).

4.4 Il suit de là que la décision rendue par le SECO le 5 avril 2023 à la suite du contrôle du bien-fondé des prestations allouées à la recourante et constatant que celles-ci étaient indues n'était soumis aucun délai dès lors qu'elle consistait en une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA. On ne saurait en outre en aucun cas la considérer comme tardive en application des règles de la bonne foi puisqu'elle a été rendue moins de quatre mois après le contrôle du 13 septembre 2022.

Le titre donnant lieu à restitution est dès lors pleinement valable.

Pour le surplus, il y a lieu de relever que la décision du 5 avril 2023, qui réclame également la restitution des prestations perçues indument par la recourante, satisfait aux délais de l'art. 25 al. 1 et 2 LPGA puisqu'elle est intervenue moins de trois ans après le contrôle du 13 septembre 2022 et moins de cinq ans depuis l'allocation de prestations en mars 2020.

5.

En définitive, c'est à juste titre que l'autorité inférieure a considéré comme indues les indemnités perçues de mars 2020 à novembre 2021 et que, en conséquence, elle a exigé de la recourante leur restitution pour un total de (...) francs.

Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

6.

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 2'000 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.

Il n'y a en outre pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 2'000 francs sont mis à la charge de la recourante et prélevés sur l'avance de frais, du même montant, déjà versée par celle-ci.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et à la Caisse de chômage du canton de (...).

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 7 juin 2024

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- à la caisse de chômage du canton de (...) (en extrait, courrier A)