

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 février 2010

Présidence de M. ZIMMERMANN, juge unique
Greffier : M. Gigante

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant, représenté par Me Robert Lei Ravello, avocat
à Lausanne,

et

CAISSE DE CHOMAGE R. _____, à [...], intimée.

Art. 24 al. 1 LACI et 25 LPGA

E n f a i t :

A. M._____, sportif professionnel, revendique l'indemnité de chômage depuis le 1er mai 2003. Trois délais cadres d'indemnisation ont successivement été ouverts en sa faveur: du 1er mai 2003 au 30 avril 2005, du 2 mai 2005 au 1er mai 2007, puis du 2 mai 2007 au 1er mai 2009. Son gain assuré est de 7'782 francs.

Depuis le 1er janvier 2004, M._____ travaille à plein temps pour le compte d' [...], à Lausanne, en qualité de « collaborateur helpdesk ». Du 2 mai 2005 au 1er mai 2007, il a déclaré les gains intermédiaires réalisés dans le cadre de cette activité. Durant les années 2006 et 2007, M._____ a perçu un salaire mensuel moyen de 5'958 fr.35, respectivement 6'120,85, treizième y compris. En février 2007, il a en outre bénéficié d'un bonus de 10'457 fr.10 pour l'année 2006, qu'il a déclaré. La caisse d'assurance-chômage R._____ (ci-après: la caisse de chômage) a pris ce montant en considération en gain intermédiaire sur la période de février 2007. Pour l'année 2007, ce bonus s'est élevé à 10'977 fr.75, montant que M._____ a perçu en février 2008. Pour l'année 2008, un bonus de 5'233 fr. lui a été servi en avril 2009.

Les prestations de l'assurance-chômage en faveur de M._____ ont cessé le 1er novembre 2007; dès cette date, son salaire mensuel, y compris la part au treizième, est supérieur au montant maximal de l'indemnité de chômage à laquelle il pouvait prétendre, soit 6'225 fr.80.

B. Suite à un rapport de révision interne du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO), du 1er juillet 2008, la caisse de chômage a exigé de M._____, le 31 mars 2009, la restitution des prestations indûment touchées de mai 2006 à janvier 2008, soit un montant de 24'884 fr.75. Suite à l'opposition de M._____, cette décision a été confirmée le 25 juin 2009.

C. M._____ a recouru contre cette dernière décision, dont il demande l'annulation.

La caisse de chômage propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée.

M._____ a renoncé à répliquer.

E n d r o i t :

1. **a)** Chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]). Dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal cantonal connaît des recours conformément à l'article 57 LPGA (art. 93 let. a LPA-VD [loi vaudoise 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). Un membre du Tribunal cantonal statue en tant que juge unique dans le domaine des assurances sociales, sur les recours dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs, et sur ceux interjetés contre un prononcé d'amende (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

b) En l'espèce, le litige a exclusivement trait à la créance en restitution de prestations indûment perçues. Les montants dont la restitution est demandée par l'autorité intimée sont inférieurs à 30'000 francs. Un membre du Tribunal cantonal peut donc statuer comme juge unique conformément à la disposition précitée.

2. **a)** L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas

partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (ibid., al. 2 let. a et b). En règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le dommage (art. 16 al. 1 LACI). L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 1ère phrase LACI). Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1, 1ère et 2ème phrases, LACI).

Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (ATFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1, références citées). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires

(ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (voir la référence citée dans DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation à indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail. En revanche, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et au rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 363 consid. 3 et les références). Doit être ainsi considéré comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisation, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en

principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisation en vertu de prescriptions légales expressément formulées (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2ème édition, Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 4.6.4, p. 307).

b) Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1, 1ère et 2ème phrases, LACI). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. (ibid., al. 2, 1ère phrase). Sous le titre «conversion du gain mensuel en gain journalier», l'art. 40a OACI (ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02) dispose que le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7. Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI).

Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que 13e salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. Le 13e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse répartit cette gratification, dès qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au prorata des heures

accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revêt une importance notable (SECO, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, gain assuré/gain intermédiaire, C 125/126). Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371 consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13ème salaire (ATFA C 179/06 du 15 novembre 2006, consid. 4; ATF 122 V 366 consid. 4d; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime composite de l'employeur servant à la fois à compenser le renchérissement non perçu pendant plusieurs années, à remercier le travailleur pour ses services et à le dédommager pour la perte de salaire due à une réduction de son taux d'occupation. Il n'était pas possible de rattacher l'allocation à une durée d'activité déterminée, de telle sorte qu'elle devait être prise en compte pour la période durant laquelle elle avait été touchée (DTA 2003 n° 24 p. 245).

Conformément au système légal, si le gain intermédiaire mensuel est inférieur à l'indemnité de chômage, l'assurance le complète par une indemnité compensatoire égale au 70% ou au 80% de la différence entre le gain intermédiaire et le gain assuré, selon la situation personnelle de l'assuré (soit 70% dans le cas du recourant). L'assuré a droit à l'indemnité compensatoire lorsqu'il réalise un revenu net inférieur à son indemnité de chômage - et non à son gain assuré - autrement dit à l'indemnité à laquelle il aurait pu prétendre s'il n'avait pas réalisé de gain intermédiaire (art. 41a al. 1 OACI). Il s'ensuit qu'une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre pas un droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable au sens de l'art. 16 LACI (arrêt du Tribunal administratif PS.2006.0003 du 28

novembre 2006). Selon ce système, l'assuré qui bénéficie d'un gain intermédiaire touchera dans tous les cas un montant supérieur ou égal à son indemnité de chômage, ce qui lui permettra d'augmenter son revenu. Toutefois, si l'assuré exerce une activité lucrative qui lui procure un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (cf. ATF 121 V 353 et références citées).

c) Le recourant soutient que les bonus qu'il a perçus en sus de son salaire et du treizième ne constitueraient pas un salaire obtenu normalement et, partant, n'auraient pas à être englobés dans le gain intermédiaire qu'il a déclaré. Il a du reste requis la production du règlement d'entreprise approuvé par l'Administration cantonale des impôts, d'une part, et à ce que son employeur soit invité à fournir de plus amples précisions sur la nature, le caractère obligatoire ou non de ces versements. Par appréciation anticipée des preuves, le Tribunal peut se dispenser de donner suite à cette réquisition. En réalité, le recourant perd de vue que, quelle que soit leur dénomination (bonus, prime de fidélité, etc.) ces montants, qui ont été soumis à cotisation, trouvent leur contrepartie dans le travail qu'il a effectué pour [...] et visent à rétribuer celui-ci. Même si l'employeur ne les a versés qu'à bien plaisir et que le recourant ne peut en déduire aucun droit en justice à leur égard, ces montants sont ainsi clairement un élément de sa rémunération. Du reste, ils ont été versés plusieurs années durant, avec régularité. Dès lors, ils font partie du revenu du recourant et doivent être répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où il a réalisé un gain intermédiaire.

3. a) 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 (art. 25 al. 1 LPGA). Le droit de demander la restitution s'éteint un an 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 (ibid., al. 2 LPGA). Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (sur ces notions v. arrêts PS.2002.0076 du 8 septembre 2003 et PS 2002.0106 du 6 décembre 2002 et la jurisprudence citée; notamment à propos de l'art. 95 LACI, Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in RSAS 2003 p. 304 ss; ATFA C 11/05 du 16 août 2005, références citées).

aa) La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA. A teneur de cette disposition, 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). Cette disposition codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur: selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nulle doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (cf. ATF 126 V 23 consid. 4b, p. 23/24). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 127 V 466, consid. 2c, p. 469; 126 V 23, consid. 4b, p. 23/24). La

rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n°40 p. 28). Le Tribunal administratif a considéré que cette condition était remplie pour un montant de 2'900 fr. (arrêt PS 2004.0200 du 28 janvier 2005 et la référence aux exemples cités par Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, § 21 ad art. 53, p. 539). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision rentrée en force formelle, lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. ATFA du 16 août 2005 précité, consid. 3; ATF 126 V 23 cons. 4b et les références citées).

bb) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an 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 (art. 25 al. 2, 1ère phrase, LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (Kieser, op. cit., N.26 ad art. 25 LPGA; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 consid. 1 p. 382; 122 V 270 consid. 5a p. 274; 119 V 431 consid. 3a p. 433, et les arrêts cités). Le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par l'administration, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 p. 383; 122 V 270 consid. 5b/aa p. 275; 119 V 431 consid. 3a p. 433, et les arrêts cités; arrêt PS.2005.0027 du 20 avril 2005, consid. 2). La caisse 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 d'une personne déterminée, tenue à restitution (ATF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2; 111 V 14 consid. 3 p. 17). Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues

(ATFA K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement de l'indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour une administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part (ATF 110 V 304). Dans un litige portant sur la restitution d'indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'administration n'était pas obligée de procéder pour chaque entreprise concernée à des contrôles réguliers et systématiques, qui seraient compliqués, voire disproportionnés. On ne saurait dès lors lui reprocher de procéder seulement de manière ponctuelle ou par sondages, que ce soit en cours de période d'indemnisation, ou après coup seulement. Du point de vue de la sauvegarde du délai de péremption d'une année, l'administration n'est pas davantage tenue de vérifier de manière approfondie - au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation - si toutes les conditions du droit à l'indemnité étaient remplies. Par conséquent, il faut considérer que le début du délai coïncide avec le moment où l'administration, par exemple à l'occasion d'un contrôle ou à réception d'informations propres à faire naître des doutes sur le bien-fondé de l'indemnisation, s'aperçoit ou aurait dû s'apercevoir que les indemnités ont été versées à tort, parce qu'une des conditions légales posées à leur octroi faisait défaut (ATF 124 V 380 consid. 2c p. 384/385). Ainsi, dans plusieurs arrêts, où une erreur de la caisse avait été découverte par le SECO, le Tribunal administratif a considéré que le point de départ du délai de péremption commençait à courir le jour où la caisse avait été informée par le SECO de son rapport de révision (arrêts PS.2007.0191 du 31 mars 2008; PS.2006.0013 du 2 juin 2006; PS.2006.0044 du 7 décembre 2006 confirmé par ATFA C 15/07 du 14 mars 2007).

cc) Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire: s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours; en revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en

cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise (cf. Rubin, op. cit., 719). Dans la mesure où cette requête ne peut être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font donc l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA [ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.11]).

b) En l'occurrence, il est apparu que la caisse de chômage avait attribué à tort les bonus perçus par le recourant au gain intermédiaire déclaré durant la période où ils ont effectivement été versés. Or, ainsi qu'on l'a dit ci-dessus, ces montants devaient être répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où un gain intermédiaire a été réalisé.

aa) Dès lors, au vu du montant total des indemnités versées, l'autorité intimée était fondée à reconsidérer ses décisions erronées relatives à la détermination de l'indemnité de chômage et à réclamer au recourant la restitution des prestations que celui-ci avait indûment touchées, conformément à l'art. 25 al. 1 LPGA. En effet, le gain intermédiaire que le recourant a perçu durant les périodes où il a perçu les deux bonus de 10'457 fr.10 (2006), respectivement 10'977 fr.75 (2007) se monte en moyenne, par mois, à 6'829 fr.75 en 2006 et à 7'035,65 en 2007. Il s'avère ainsi supérieur à l'indemnité maximale à laquelle il pouvait prétendre compte tenu du gain assuré déclaré. Aucune indemnité n'aurait dû lui être versée de mai 2006 à octobre 2007. Le recourant ne le conteste pas; il fait cependant valoir que le droit de la caisse de chômage d'exiger la restitution des prestations serait périmé. Par le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, il faudrait, selon lui, entendre celui où l'administration aurait dû se rendre compte en vouant une attention convenable au cas d'espèce que les conditions justifiant un remboursement étaient réunies. Comme la caisse de chômage était au courant de tous les éléments de la rémunération versée au fil du temps au recourant, il importerait, toujours selon lui, d'admettre qu'elle a voué à son dossier depuis le départ et successivement une attention convenable,

de sorte que le délai de péremption était échu lorsque le SECO a rendu son rapport.

bb) Il y a lieu de considérer que la caisse a commis son erreur initiale en février 2007, soit au moment où, pour la première fois, elle a eu connaissance du versement d'un bonus. Suivant la jurisprudence précitée, cette date ne saurait toutefois constituer le point du départ du délai de péremption. Le recourant perd de vue qu'avant la révision du SECO, la caisse de chômage n'était pas consciente de son erreur. C'est la raison pour laquelle un contrôle comptable externe a été effectué, ce qui a eu pour conséquence de révéler l'erreur commise par la caisse dans la détermination de la perte de gain subie par le recourant. Il en résulte que la date déterminante est bien celle du 1er juillet 2008, à laquelle le rapport de révision a été communiqué à la caisse de chômage. Il s'agit là du dies a quo du délai de péremption. La décision de restitution querellée, qui remonte au 31 mars 2009, a donc été prise dans le délai légal d'un an. Peu importe à cet égard qu'elle ait été contestée par la suite, la péremption est exclue une fois pour toutes (Rubin, op. cit., p. 730).

c) Le recourant objecte en dernier lieu que la restitution des indemnités qui lui ont été servies de mai 2006 à octobre 2007 contreviendrait au principe de la bonne foi. Pour l'autorité intimée, cette question ne devrait être abordée qu'ultérieurement, à l'occasion de l'examen d'une demande de remise de l'obligation de restituer présentée par le recourant.

aa) Lorsqu'elle crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit, l'administration est, de façon générale, liée par les conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité (v. Pierre Moor, Droit administratif, Vol. I, 2ème éd., Berne 1994, p. 430 et ss, références citées). Lorsque le principe est violé, l'autorité pourra s'écarter de la loi, même s'il s'agit d'une législation fédérale (ibid., p. 110 et 429; ATF 116 V 298). Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi jugé qu'une caisse-maladie ne pouvait exiger le

remboursement de prestations qu'elle avait versées à tort si les conditions du principe de la bonne foi étaient remplies (ATF 101 V 68). Ainsi, en application du principe du droit à la protection de la bonne foi, un renseignement ou une décision erronée peuvent, à certaines conditions, obliger l'administration à consentir à un administré un avantage contraire à la loi. Le principe de la bonne foi qui doit imprégner les relations entre l'Etat et les citoyens (art. 5 al. 3 Cst.; ATF 126 II 104 consid. 4b) leur impose de se comporter l'un vis-à-vis de l'autre de manière loyale. En particulier, l'autorité doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper le citoyen et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou d'une insuffisance de sa part.

En vertu de ce principe, l'administration peut, malgré un texte légal contraire, être liée par les renseignements inexacts qu'elle fournit à l'administré, et a fortiori par les assurances qu'elle lui donne: elle sera tenue de s'y conformer ou de réparer de quelque autre manière le préjudice subi par celui qui s'est fié à ce qu'elle a dit, à certaines conditions. La première est que les renseignements ou l'assurance ont été donnés par une autorité compétente pour ce faire, du moins apparemment compétente ou dont le comportement pouvait légitimement donner à croire qu'elle l'était. Le renseignement, inexact, doit ensuite avoir été fourni sans réserve, clairement, et devait avoir pour objet une situation concrète, déterminée et portant exactement sur la situation litigieuse. L'administré devait encore avoir un intérêt personnel et concret à être renseigné de la sorte, sans avoir été en mesure de reconnaître l'erreur ni en avoir été lui-même responsable. En outre, la législation ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'autorité a fait ses déclarations et celui où le principe de la bonne foi est invoqué: celui-ci ne protège pas contre les changements de législation, l'administration ne pouvant lier le législateur. Enfin, et surtout, l'administré doit avoir pris, sur la base de l'information inexacte ou de l'assurance donnée, des dispositions irréversibles (ATF 129 II 361 consid. 7.1 p. 381; 127 I 31 consid. 3a p. 36; 124 V 125 consid. 2b/aa p. 220; Moor, op. cit., ch. 5.3.2.1, et les références citées). Plus largement, le principe de la bonne foi trouve application lorsque l'administration adopte des comportements

contradictoires, ce que le recourant reproche en particulier à l'autorité intimée. Créant une apparence de droit sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit, l'autorité est liée par les conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité (théorie dite des "actes concluants"). Il ne suffit pas pour cela que, pendant un certain temps, l'autorité n'intervienne pas à l'encontre d'un état de fait illégal, et encore moins que, par ignorance ou faute d'actualité du problème, elle soit en quelque sorte restée neutre (ATF 118 la 384; RDAF 1990, 55). Il faut que l'administration manifeste d'une manière ou d'une autre sa position, sans qu'il soit pour autant nécessaire qu'elle le fasse par un acte explicite; elle sera liée si l'administré, sachant qu'elle est au courant, peut de bonne foi conclure de son mutisme qu'elle considère la situation comme régulière (ZBI 1973, 82; 1993, 76; RDAF 1982, 137). Pour qu'il y ait contradiction, il faut en outre qu'il s'agisse de la même autorité ou d'autorité tenues de coordonner leurs activités, des mêmes intéressés et de la même affaire ou d'affaires identiques. Pour le surplus, valent les mêmes conditions que celles exposées ci-dessus s'agissant des renseignements inexacts, en particulier celle relative aux dispositions irréversibles que doit avoir prises l'intéressé (Moor, op. cit., ch. 5.3.2.2).

Même si toutes les conditions entraînant l'application du principe de la protection de la bonne foi sont réalisées, l'exigence d'une saine gestion de l'assurance sociale peut l'emporter, lorsque cela est justifié par une pesée des intérêts en présence (Rubin, op. cit., p. 724, réf. citée). Ces questions, qui ont trait au respect du principe de la bonne foi par l'organe d'exécution de l'assurance sociale, doivent être distinguées de la bonne foi du bénéficiaire des prestations. Elle devront être examinées dans la procédure de demande de restitution et non dans celle de la demande de remise de l'obligation de restituer (ibid., pp. 724-725).

bb) En l'espèce, force est tout d'abord de constater que c'est à la suite d'une mauvaise évaluation, voire d'une ignorance du problème, que la caisse de chômage a imputé le versement des bonus sur le gain intermédiaire réalisé durant le mois où il ont été servis au recourant, au

lieu de les répartir proportionnellement sur l'ensemble de la période. C'est à la faveur de cette inadvertance que le recourant a perçu durant plusieurs mois l'indemnité de chômage, alors que le gain qu'il a réalisé excluait, on l'a vu, cette possibilité. C'est seulement au cours de la révision du SECO que l'erreur de la caisse de chômage à cet égard est apparue. Cela explique que celle-ci ne soit pas intervenue plus rapidement pour recalculer le montant des indemnités. Or, du temps pris pour réagir, l'on ne saurait donc déduire que la caisse aurait manifesté une quelconque prise de position au sujet de laquelle elle se serait ensuite contredite. L'on ne saurait pas davantage déduire du fait que l'autorité reste inactive, faute d'actualité d'un problème, qu'elle renonce à revenir sur une erreur qu'elle aurait commise. La loi lui imposant d'exiger la restitution des prestations indûment touchées (art. 25 al. 1 LPG), le retard à exercer cette prétention ne supposait pas à lui seul la promesse de l'abandonner, ce d'autant que la loi prévoit, dans l'intérêt de l'assuré, des dispositions sur la prescription de telles prétentions (art. 25 al. 3 LPG). L'on ne voit pas non plus que l'erreur qui consiste à mettre l'assuré au bénéfice du droit à l'indemnité ait conduit celui-ci, au sens de la jurisprudence rappelée plus haut, à prendre en l'occurrence des dispositions irréversibles à l'encontre de ses intérêts: le recourant n'a été contraint d'adopter aucun comportement positif particulier - sinon de satisfaire aux exigences du contrôle - ni n'a été dissuadé d'agir. Dans ces conditions, l'objection qu'il soulève n'est pas fondée. Demeure en revanche ouverte celle relative à sa bonne foi, qui devra être examinée à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation.

4. Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPG) ; au surplus, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte.

**Par ces motifs,
le juge unique
p r o n o n c e :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition de la Caisse de chômage de la société R._____ du 25 juin 2009 est confirmée.

III. Le présent arrêt est rendu sans frais.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Robert Lei Ravello, à 1002 Lausanne (pour M._____);
- Caisse de chômage R._____, à [...];
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à 3003 Berne;

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :