

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 juillet 2015

Composition : Mme BERBERAT, juge unique
Greffière : Mme Brugger

Cause pendante entre :

W._____, à [...], recourant, représenté par Me Mercedes Novier, avocate
à Lausanne,

et

U._____, Administration centrale, à [...], intimée.

Art. 25 et 53 al. 1 LPGA; 24 LACI; 3 al. 3 OPGA; 9 Cst.

E n f a i t :

A. W. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], marié-séparé et père de deux enfants nés en [...] et [...], a sollicité des indemnités de chômage auprès de U. _____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Il a bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation, soit du 2 octobre 2006 au 1^{er} octobre 2008, le gain assuré étant de 8'231 francs.

Le 1^{er} avril 2007, l'assuré a été engagé à 100% en qualité d' [...] auprès de l'entreprise [...] (ci-après : l'employeur) à [...]. Le contrat de travail du 20 mars 2007 prévoyait la rémunération comme suit :

« 3.0 Salaire

3.1 L'employé(e) reçoit un salaire annuel brut de CHF 57'600.--, payable en 12 mensualités égales à la fin de chaque mois. La rémunération pour les années incomplètes s'effectue au pro rata.

3.2 En fonction des performances de l'Employé(e) et des résultats financiers de la Société, cette dernière peut, à sa discrétion, décider d'allouer une bonification à l'Employé(e), à condition que l'Employé(e) soit au service de la Société au 31 décembre de l'année en question. La bonification est payable à la fin de l'année en cours.

3.3 Le salaire est revu annuellement, après une évaluation de performances individuelles, qui a lieu chaque fin d'année. Le cas échéant, l'adaptation du salaire est effective en janvier de l'année suivante ».

La Caisse a considéré cette activité comme un gain intermédiaire.

Par décision sur opposition du 24 juin 2008 confirmant une décision du 14 avril 2008, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution d'un montant de 3'979 fr. correspondant à des indemnités journalières touchées à tort. Constatant que l'employeur avait versé à l'assuré une gratification de 3'600 fr. en décembre 2007 pour les mois d'avril à décembre 2007, la Caisse a rétroactivement pris en compte ce paiement supplémentaire en tant que gain intermédiaire pour les mois précités. Cette décision est entrée en force.

Au vu de cette décision, l'assuré a déposé le 11 septembre 2008 une demande de remise auprès du Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage (ci-après : le SDE), laquelle a été admise par décision du 9 juillet 2010.

Dans l'intervalle, l'assuré a sollicité à nouveau l'intervention de l'assurance-chômage. Il a bénéficié d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation du 2 octobre 2008 au 1^{er} octobre 2010. Le gain assuré a été calculé à 7'859 francs.

Il ressort des décomptes des 11 février, 28 février, 27 mars, 29 avril, 28 mai, 27 juin, 5 août, 28 août, 30 septembre, 30 octobre, 28 novembre 2008 et 30 janvier 2009, que la Caisse a versé à l'assuré des indemnités compensatoires pour la période de contrôle de janvier à décembre 2008 en se basant sur les fiches de salaire de l'employeur pour établir le gain intermédiaire réalisé par l'assuré. Lesdites fiches de salaire mentionnaient le salaire mensuel, les allocations familiales et pour formation professionnelle, les participations aux assurances maladie et la prime d'équipe.

Il ressort des décomptes des 5 mars, 31 mars, 29 avril, 3 août et 1^{er} octobre 2009 que la Caisse a versé des indemnités compensatoires pour la période de contrôle de janvier à novembre 2009 en se basant sur les fiches de salaire de l'employeur pour établir le gain intermédiaire réalisé par l'assuré. Lesdites fiches de salaire mentionnaient le salaire mensuel, les allocations familiales et pour formation professionnelle, les participations aux assurances maladie et la prime d'équipe.

Par décision du 27 janvier 2010, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution d'un montant de 15'426 fr. 20 correspondant aux indemnités journalières touchées à tort en 2008 et 2009. Elle a motivé sa décision comme suit :

« La personne assurée a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation du 02.10.06 au 01.10.08. Le gain assuré a été calculé à Fr. 8'231.- et

l'indemnité journalière à Fr. 303.45, soit 80% du gain assuré journalier.

A partir du 2 octobre 2008 la personne assurée bénéficie d'un nouveau délai-cadre allant du 02.10.08 au 01.10.10. Le gain assuré a été calculé à CHF 7'859 et l'indemnité journalière à CHF 289.75, soit 80% du gain assuré journalier.

Au mois de décembre 2008 et 2009, l'employeur a payé à la personne assurée un Bonus à hauteur de CHF 4'920 pour l'année 2008 et de CHF 5'620 pour l'année 2009. La caisse de chômage doit rétroactivement prendre en compte ce paiement supplémentaire en tant que gain intermédiaire pour les périodes de contrôle concernées. Il s'agit d'un montant de CHF 410 (CHF 4920 :12) par mois pour l'année 2008 et de CHF 468.33 (5620 :12) par mois pour l'année 2009. La personne assurée n'a pas droit aux prestations de l'assurance-chômage pour les mois de mars, août, octobre et novembre 2008, ainsi que à partir de janvier 2009, le salaire réalisé étant supérieur à l'indemnité de chômage.

Après la correction des périodes de contrôle concernées, le montant à rembourser s'élève à CHF 15'426.20. Les décomptes de la caisse de chômage se trouvent en annexe.

Les prestations de l'assurance versées à tort demandées en restitution ne tiennent pas compte des cotisations sociales ».

Le 25 février 2010, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a fait valoir que le droit de la Caisse de demander la restitution des indemnités journalières s'était éteint dès lors qu'elle avait pris connaissance du versement de la gratification de décembre 2008 avant le 27 janvier 2009. Il a également reproché à la Caisse d'avoir pris en compte sa gratification dans le gain intermédiaire. Enfin, il s'est prévalu de sa bonne foi, estimant que la Caisse avait failli à son devoir de renseigner et a fourni à l'appui les documents transmis à l'occasion de sa demande de remise en septembre 2008.

Par décision sur opposition du 23 novembre 2010, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision de restitution du 27 janvier 2010. Elle a fourni les explications suivantes :

« L'attestation de gain intermédiaire mettait souvent plusieurs semaines ou mois à parvenir à la caisse de chômage. De ce fait, le paiement des indemnités journalières de décembre 2008 a été effectué en janvier 2009 sans connaissance de la gratification payée. Le 27 octobre 2009, l'office de paiement a envoyé le dossier pour corrections à y apporter à la centrale de la caisse de chômage. La centrale de la caisse de chômage a alors examiné le dossier et a

demandé à l'employeur le bulletin de salaire de décembre 2008 que ce dernier lui a envoyé par fax le 26 janvier 2010. Le 27 janvier 2010, c'est-à-dire un jour après avoir reçu par fax le bulletin de salaire de décembre 2008 et après avoir pris connaissance de la gratification payée, la caisse de chômage a pris la décision demandant la restitution. Contrairement à ce prétend l'opposition, le droit de demander la restitution ne s'est donc pas éteint ».

La Caisse a également expliqué qu'une gratification que l'assuré avait effectivement touchée devait être retenue comme salaire intermédiaire et être répartie proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré avait réalisé un gain intermédiaire. Bien que cela ait pour effet que l'assuré doive restituer plus que ce qu'il a gagné, cela n'était pas contraire au but de l'art. 24 LACI. En ce qu'elle concernait la bonne foi de l'assuré, l'opposition était considérée comme une demande de remise et par conséquent transmise à l'autorité cantonale compétente.

Saisie d'un recours le 23 décembre 2010 contre cette décision (ACH 164/10), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : la Casso) a tenu une audience d'instruction le 24 mars 2011 dont le procès-verbal a notamment la teneur suivante :

« Les parties sont entendues. Mme [...] indique que le dossier est géré par la Centrale de Zurich et que la fiche de salaire et la fiche de gain intermédiaire pour le mois de décembre 2008 n'étaient pas au dossier lorsque l'office de paiement a reçu le dossier, le jour avant l'audience, mais que la fiche de salaire de décembre 2008 devait y figurer pour l'établissement du gain intermédiaire du mois de décembre 2008. Le service de l'emploi a été saisi le 27 janvier 2011 d'une demande de remise transmise par la Centrale de Zurich. Le conseil du recourant indique n'avoir jamais fait de demande de remise auprès du service de l'emploi, mais avoir reçu un courrier du 25 février 2011 de la part du service de l'emploi l'informant de cette demande de remise. Le conseil explique avoir transmis une copie de la première demande de remise pour 2007 et de la décision du service de l'emploi accordant la remise pour l'année 2007 à l'intimée, afin d'étayer le fait que les conditions de la remise étaient manifestement remplies au sens de l'art. 3 al. 3 OPGA, pour 2008 et 2009 également, pour qu'elle renonce à prendre une décision de restitution.

La conciliation, tentée, aboutit comme suit. Compte tenu des explications qui leur sont apportées, tant s'agissant de la problématique de la péremption du droit de restituer pour 2008 (attestation de gain intermédiaire de l'employeur ne figurant pas au dossier alors même qu'un décompte d'indemnités y figure), que de la problématique de la remise sous l'angle de l'art. 3 al. 3 OPGA (défaut de motivation quant aux arguments de l'opposition sur ce point), les représentantes de l'intimée acceptent de rapporter la

décision sur opposition dont est recours afin de renvoyer le service juridique à statuer, respectivement de renoncer à toute demande de restitution.

[Signatures du recourant et de l'intimée]

Il est pris acte de cette révocation, laquelle rend le litige sans objet et justifie la radiation du rôle sans suite de frais ni, avec l'accord du recourant, d'allocation de dépens.

La lecture du procès-verbal est demandée.

Le présent procès-verbal sera rédigé en trois exemplaires. Un de ceux-ci est remis à chacune des parties sur le siège.

L'audience est levée à 16h00 ».

Au vu de la teneur du procès-verbal, la Caisse a procédé à un nouvel examen de la cause.

Il ressort d'une note interne du 8 novembre 2012 de la Caisse les éléments suivants :

« Suite à un contrôle de la liste des dossiers au SJ [service juridique], j'ai trouvé le dossier de l'assuré mentionné en entête. Le dernier document date du 24.03.2011. Il y a apparemment eu transaction entre l'assuré et la Caisse devant le tribunal des assurances sociales et il semblerait que la Caisse ait promis de réviser sa décision de restitution. Je n'ai toutefois pas trouvé trace d'une telle révision dans le dossier. J'appelle [...] qui était à la transaction pour savoir s'ils ont autre chose dans le dossier mais elle me dit que le sien s'arrête aussi au 24.03.2011 ».

Par décision sur opposition du 11 décembre 2012, la Caisse a partiellement admis l'opposition du 25 février 2010 et partiellement annulé la décision de restitution du 27 janvier 2010 s'agissant des indemnités versées en trop durant l'année 2008. Par contre, le montant de 7'769 fr. 70 correspondant aux indemnités versées à tort pour les périodes de contrôle de février à septembre 2009 devait être restitué. L'opposition du 25 février 2010 était transmise en tant que demande de remise à l'autorité cantonale compétente pour décision, à savoir le SDE.

B. Par acte du 14 janvier 2013, W._____, par le biais de sa mandataire, recourt contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il ne doit aucune restitution. Il

estime que la Caisse est déchue dans son droit de demander la restitution. Selon lui, elle ne pouvait que renoncer à toute demande de restitution, vu notamment les termes du procès-verbal de l'audience du 24 mars 2011 et sa situation financière justifiant l'octroi d'une remise. Par ailleurs, vu le temps écoulé depuis celle-ci jusqu'à la décision litigieuse, il était légitime de croire qu'elle avait simplement renoncé à la restitution. Au vu du temps écoulé, il se plaint d'une violation du principe de célérité. Il soutient également que la demande de restitution est périmée vu le délai de péremption de l'art. 25 al. 2 LPGA et la date de la décision litigieuse. Le recourant soutient que la prétention de la Caisse était de toute manière périmée, vu les éléments qu'elle avait à sa disposition en particulier du contrat de travail du 20 mars 2007 prévoyant la gratification. Il se prévaut également d'une violation des principes de la bonne foi et de la confiance, estimant que la Caisse s'est contredite et qu'elle aurait dû l'informer sur les éventuelles conséquences d'un bonus sur ses indemnités compensatoires. Il aurait par exemple pu demander à son employeur de ne pas lui verser de gratification. Il fait enfin valoir que les gratifications ne doivent pas être prises en compte dans le gain intermédiaire. Une telle manière de procéder revient à pénaliser le chômeur, le montant à restituer étant plus important que le montant de la gratification reçue, laquelle dépend du bon vouloir de l'employeur qui ne décide de la verser qu'à la fin de l'année. Enfin, il invoque sa bonne foi compte tenu des informations à disposition de la Caisse sur sa situation et son absence de réaction.

Dans sa réponse du 21 février 2013, l'intimée propose le rejet du recours et la confirmation de sa décision. Elle indique qu'en l'espèce, les conditions de remise n'étaient et ne sont pas manifestes de sorte qu'elle ne pouvait renoncer à toute demande de restitution. Elle ajoute que compte tenu du fait que le recourant avait déjà fait l'objet d'une demande de restitution pour l'année 2007, il ne peut valablement s'attendre à ce que le bonus reçu en 2009 ne soit pas pris en compte de manière analogue ou encore critiquer la Caisse pour son absence d'information sur les conséquences d'un bonus sur ses indemnités journalières. Par ailleurs, lors de l'audience du 24 mars 2011, elle s'est uniquement engagée à réexaminer sa décision sur opposition du 23

novembre 2010 sans préjuger du résultat. A ce titre, elle était tenue de rendre une décision formelle et il appartenait au recourant de l'interpeller sur son retard. Rien ne justifiait l'abandon de la procédure de restitution. Elle conteste que son droit de demander la restitution soit éteint, considérant que le délai de péremption s'est mis à courir le 25 janvier 2010 au moment où elle a eu connaissance du versement du bonus de 2009. S'agissant des arguments soulevés par le recourant selon lequel les gratifications ne devraient pas être prises en compte dans le gain intermédiaire, elle renvoie aux réponses développées dans ses décisions sur opposition des 23 novembre 2010 et 12 décembre 2012.

Dans sa réplique du 1^{er} mai 2013, le recourant reprend les arguments développés dans ses précédentes écritures. Il souligne qu'il a toujours transmis à la Caisse les attestations de gain intermédiaire et ses fiches de salaire. Il se réfère en outre à une note interne de la Caisse du 8 novembre 2012 qui confirmerait le fait que l'affaire était réglée suite à l'audience du 24 mars 2011 et que la Caisse renoncerait purement et simplement à toute prétention à son encontre.

Le 22 mai 2013, dans sa duplique, l'intimée confirme ses conclusions.

Dans ses déterminations du 18 juin 2013, le recourant maintient sa position et ses conclusions. Il relève que sa bonne foi doit être examinée au vu de l'ensemble des arguments qu'il a soulevés en cours de procédure et non pas face à chacun d'eux pris isolément.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS

837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). De valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence d'un membre de la Cour statuant en qualité de juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c; ATF 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, l'intimée a partiellement admis l'opposition du recourant en ce sens qu'elle a annulé sa demande de restitution d'un montant de 7'656 fr. 50 correspondant à des indemnités de chômage

versées à tort durant l'année 2008 au motif que, pour cette période, son droit de demander la restitution était périmé. Le recourant ne conteste pas ce dernier point. Le litige porte ainsi sur le droit de l'intimée à exiger du recourant la restitution d'un montant de 7'769 fr. 70, correspondant à des indemnités de chômage versées à tort entre janvier et septembre 2009 en tenant compte d'une gratification d'un montant de 5'620 fr. versée en décembre 2009 par l'employeur.

3. a) Aux termes de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI, 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 étant fixé selon l'art. 22 LACI. Selon l'art. 24 al. 3 phr. 1 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. Quant à l'art. 41a al. 1 OACI, il précise que 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.

b) Les indemnités compensatoires se montent à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel l'assuré a droit (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 24 ad art. 24 LACI, p. 268). Dans ce contexte, la perte de gain indemnisable correspond à la différence entre le gain déterminant et le gain intermédiaire, le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. Le gain déterminant varie donc en fonction du nombre de jours contrôlés au cours des mois durant lesquels l'activité est exercée, conformément au système d'indemnisation du chômage, fondé sur cinq indemnités journalières par semaine (cf. Rubin, op. cit., n° 25 ad art. 24 LACI, p. 268).

4. Aux termes de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59cbis al. 4 LACI lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.

a) L'art. 25 al. 1 LPGA, aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (phr. 1), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) 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 et 110 V 176 consid. 2a avec 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 (cf. ATF 129 V 110 consid. 1.1 et 126 V 23 consid. 4b; voir également à propos de l'art. 95 LACI Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in : RSAS 2003 p. 304 ss).

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 ainsi 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).

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 (cf. ATF 127 V 466 consid. 2c et 126 V 23 consid. 4b). 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 (cf. DTA 2000 n° 40 p. 208). 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 entrée en force formelle, lorsque sont découverts de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. TFA C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3; cf. ATF 126 V 23 consid. 4b et les références).

b) 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 (cf. art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (cf. TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5a et 119 V 431 consid. 3a avec 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 comptable), en faisant preuve de l'attention requise (cf. ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5b/aa et 119 V 431 consid. 3a avec les arrêts cités; cf. TA 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 (cf. TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2; cf. ATF 111 V 14 consid. 3). 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 (cf. TF 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 4.2 et K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Le début de ce 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 (cf. ATF 124 V 380 consid. 2c).

c) 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 ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, 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. 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]).

5. Le recourant estime qu'il ne devrait pas être tenu compte des gratifications dans la fixation du gain intermédiaire, dans la mesure où cela contreviendrait au but de l'art. 24 LACI sensé promouvoir la reprise du travail. Il critique à cet égard le fait d'imputer un tel revenu supplémentaire versé en fin d'année sur l'ensemble de l'année écoulée, ce qui revient à le pénaliser.

Si l'on peut constater avec le recourant que le montant demandé en restitution (7'769 fr. 70) est plus élevé que la gratification qu'il a touchée de son employeur (5'620 fr.), on ne saurait suivre son raisonnement, la doctrine et la jurisprudence étant claires à ce sujet.

Il convient de relever tout d'abord que le gain intermédiaire doit généralement être déterminé selon les mêmes règles que celles applicables au calcul du gain assuré (cf. Rubin, op. cit., n° 14 ad art. 24 LACI, p. 265). 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 (art. 23 LACI, en relation avec les art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. b et c RAVS; ATF 122 V 363 consid. 3 et les références citées).

Cela étant, il faut relever que le gain intermédiaire est notamment composé des gratifications versées à l'assuré, celles-ci devant être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'intéressé a travaillé - conformément au principe selon lequel, pour la détermination du gain intermédiaire comme pour le calcul du gain assuré, un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (cf. TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4, avec les références citées; Rubin, op. cit., n° 27 et 28 ad art. 24 LACI, p. 268 et 269). Le Tribunal fédéral a en effet considéré que les montants versés en fin d'année par les employeurs (en particulier le treizième salaire) représentent fréquemment une fraction importante du revenu annuel et que les imputer sur une seule période de contrôle reviendrait à introduire une grande différence entre les revenus pris en considération à titre de gain intermédiaire et de gain assuré, ce qu'il convenait d'éviter (ATF 122 V 363 consid. 3 et les références citées).

On peut au surplus rappeler que le système des indemnités compensatoires versées en cas de réalisation d'un gain intermédiaire est favorable à l'assuré dès lors que la somme du gain intermédiaire et de l'indemnité compensatoire est toujours plus élevée que l'indemnité normale sans gain intermédiaire, soit celle qui serait versée en cas de chômage total de l'assuré (cf. Rubin, op. cit., n° 1 ad art. 24 LACI, p. 262).

Dans le cas particulier, on constate que le contrat de travail du 20 mars 2007 du recourant prévoit le versement, à la discrétion de l'employeur, d'une bonification en fin d'année, en fonction des performances de l'employé ainsi que des résultats financiers de la société. En l'espèce, la fiche de salaire de décembre 2009 fait état d'une somme de 5'620 fr. versée à titre de bonus, en plus du salaire brut. Au vu de ces

éléments et à la lumière des principes évoqués ci-dessus, ce montant doit être pris en compte à titre de gain intermédiaire, de manière proportionnelle pour l'ensemble de l'année 2009.

C'est ainsi à juste titre que l'intimée a tenu compte de ce revenu supplémentaire pour procéder à la rectification des décomptes d'indemnités journalières établis durant l'année 2009.

6. Cela étant, il sied de déterminer si l'intimée était en droit de réclamer la restitution des indemnités perçues à tort au regard des principes découlant des art. 25 et 53 LPGA précédemment posés.

a) Il ressort des décomptes des 5 mars, 31 mars, 29 avril, 3 août et 1^{er} octobre 2009 que la Caisse a versé des indemnités compensatoires pour la période de contrôle de janvier à novembre 2009 sans tenir compte d'une quelconque gratification. Le 25 janvier 2010, elle a reçu de l'employeur la fiche de salaire du mois de décembre 2009 sur laquelle figure un montant de 5'620 fr. versé à titre de bonus 2009. Il y a ainsi lieu de constater que compte tenu du fait que la gratification de 2009 du recourant a été versée en décembre 2009, il s'agit incontestablement d'un fait nouveau important propre à justifier la révision des décisions matérielles d'octroi des prestations indues au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA. En effet, cette gratification, dont la Caisse a pris connaissance en janvier 2010, était de nature à modifier l'état de fait qui était à la base des décisions entreprises. En pareilles circonstances, la Caisse était tenue de procéder à la rectification des décomptes d'indemnités précédemment établis.

Par ailleurs, s'agissant d'un revenu versé à la discrétion de l'employeur, en fin d'année, et dont le montant n'est pas déterminé à l'avance, la Caisse ne pouvait anticiper le calcul du gain intermédiaire mensuel et ainsi des indemnités à verser afin d'éviter de demander après coup la restitution des montants perçus en trop, comme l'aurait souhaité le recourant.

b) Le recourant soutient qu'au terme de l'audience du 24 mars 2011 tenue à la Casso, l'intimée s'était engagée à renoncer à toute demande de restitution.

aa) Lors de cette audience, il a été convenu que « compte tenu des explications qui leur sont apportées, tant s'agissant de la problématique de la péremption du droit de restituer pour 2008 (attestation de gain intermédiaire de l'employeur ne figurant pas au dossier alors même qu'un décompte d'indemnités y figure), que de la problématique de la remise sous l'angle de l'art. 3 al. 3 OPGA (défaut de motivation quant aux arguments de l'opposition sur ce point), les représentants de l'intimée acceptent de rapporter la décision sur opposition [du 23 novembre 2010] dont est recours afin de renvoyer le service juridique à statuer, respectivement de renoncer à toute demande de restitution » (cf. procès-verbal de l'audience du 24 mars 2011).

Force est de constater que l'intimée était tenue de rendre une nouvelle décision sur opposition suite à cette audience. Comme le relève à juste titre le recourant dans sa réplique du 1^{er} mai 2013, la Caisse avait l'opportunité de renoncer à toute demande de restitution. Toutefois, elle ne s'y était pas engagée. La note interne du 8 novembre 2012, au contraire de ce que soutient le recourant, va également dans ce sens puisqu'elle indique que « la Caisse [avait] promis de réviser sa décision », en d'autres termes de l'examiner à nouveau, de la revoir. Ainsi, même si elle avait choisi de renoncer à toute demande de restitution, elle devait de toute manière rendre une décision dès lors qu'une procédure d'opposition était toujours pendante. En effet, au cours de l'audience du 24 mars 2011, l'intimée n'a pas annulé sa décision initiale de restitution du 27 janvier 2010. Elle a uniquement annulé sa décision sur opposition du 23 novembre 2010, de sorte que l'opposition du recourant restait à juger.

En regard de ce qui précède, si l'intimée a certes tardé à statuer, l'intéressé devait s'attendre à une nouvelle décision sur opposition. A cet égard, il appartenait au recourant d'interpeller la Caisse pour qu'elle se prononce sur son opposition restée en « suspens », soit de

faire état d'un déni de justice par le biais d'un recours, ce qu'il n'a pas fait. Le grief tendant à reconnaître une violation du principe de célérité par l'intimée doit ainsi être écarté. En effet, selon la jurisprudence, il appartient au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié (ATF 107 Ib 155 consid. 2b et c).

bb) On peut ajouter que les éléments contenus dans le procès-verbal d'audience, à savoir la problématique de la péremption du droit de restituer pour 2008 et de la remise sous l'angle de l'art. 3 al. 3 OPGA, ne peuvent être compris dans le sens, souhaité par le recourant, que l'intimée était tenue de renoncer à toute demande de restitution. Elle devait en revanche tenir compte de ces deux problématiques au moment de rendre sa nouvelle décision sur opposition, ce qu'elle a effectivement fait.

aaa) En effet, dans sa nouvelle décision sur opposition du 11 décembre 2012, soit celle dont est recours, l'intimée a admis partiellement l'opposition du recourant quant à la problématique de la péremption du droit de restituer pour 2008 en considérant que sa demande de restitution était périmée pour les indemnités versées à tort en 2008 dès lors qu'elle n'avait procédé à la rectification des décomptes y relatifs qu'en janvier 2010.

bbb) S'agissant de la seconde problématique, soit de la remise sous l'angle de l'art. 3 al. 3 OPGA, il est nécessaire de préciser que cette disposition est libellée ainsi : « L'assureur décide dans sa décision [en restitution] de renoncer à la restitution lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies ». En d'autres termes, la Caisse a la possibilité d'accorder une remise d'office lorsqu'elle constate au moment de rendre sa décision de restitution que les conditions d'une remise sont manifestement réunies. Cette éventualité se décide ainsi au moment de la détermination du principe et de l'étendue de la restitution. La décision de remise d'office est alors conjointe à celle concernant la restitution (Rubin, op. cit., n° 12 ad art. 95 LACI, p. 611). Dans le cas particulier, si l'intimée

avait voulu renoncer à la restitution en considérant que les conditions de la remise étaient manifestement réunies, elle l'aurait fait dans sa décision de restitution du 27 janvier 2010. Or, tel n'a pas été le cas.

Quoi qu'il en soit, le procès-verbal d'audience fait, sur la question de l'art. 3 al. 3 OPGA, mention d'un défaut de motivation. L'intimée a tenu compte de ce point également, expliquant dans sa nouvelle décision sur opposition du 11 décembre 2012, qu'elle ne possédait aucun document propre à établir que l'intéressé se trouvait dans une situation difficile au moment de rendre sa décision, de sorte qu'elle ne pouvait décider d'office de renoncer à la restitution.

Sur ce point, le recourant estime, au vu de l'admission de sa demande de remise pour 2007 et de l'absence de réaction de la Caisse pour la gratification perçue en 2008, que l'intimée considérerait que les conditions d'une remise étaient également réunies pour 2009 et qu'elle ne pouvait que renoncer à la restitution.

Tout d'abord, on ne voit pas comment l'intimée puisse être encore en mesure de renoncer à la restitution dans le cadre d'une procédure d'opposition ne concernant pas une décision de remise. D'une part, la décision de restitution initiale du 27 janvier 2010 n'a pas été annulée, ni par l'intimée, ni au cours de l'audience du 24 mars 2011, de sorte qu'elle reste valide (comme nous le verrons ci-après). D'autre part, l'intéressé peut déposer une demande de remise dans le cadre d'une procédure distincte une fois la décision de restitution exécutoire.

Cela étant, au moment de rendre sa décision de restitution du 27 janvier 2010, la Caisse n'était en possession d'aucun document établissant la situation financière de l'intéressé. Rien n'indique par ailleurs dans le dossier de la Caisse qu'il touchait l'aide sociale, ce que le recourant ne prétend pas par ailleurs. En effet, à l'appui de sa demande de remise le 11 septembre 2008, laquelle est de la compétence du SDE, le recourant a transmis les documents utiles à cette autorité et non à la Caisse. De toute manière, il ressort du dossier que les documents fournis

se réfèrent à l'année 2008, plus précisément à la période d'octobre 2007 à mai 2008 s'agissant des comptes bancaires. Force est de constater que même si la Caisse avait été en possession de ces documents datant de 2008 au plus tard, ils ne permettraient pas d'illustrer la situation financière au moment de statuer en 2010. Dans ces circonstances, le fait d'avoir fourni à l'intimée les mêmes documents à l'appui de son opposition ne permettait pas de trancher ce point. En conséquence, il y a lieu de constater avec l'intimée qu'il n'était pas manifeste que les conditions de remise aient été réunies, ni au moment de la décision de restitution du 27 janvier 2010, ni au moment de la décision sur opposition du 23 novembre 2010 et a fortiori de celle du 11 décembre 2012. Le recourant ne pouvait ainsi valablement attendre de l'intimée qu'elle renonce d'office à la restitution. Le grief du recourant en lien avec l'art. 3 al. 3 OPGA doit ainsi être rejeté.

c) Le recourant se prévaut également de la protection de sa bonne foi estimant qu'au vu de l'absence de réaction de la Caisse pour le bonus de 2008, il était fondé à croire que celle-ci n'exigerait pas la restitution des prestations indues. Il est question ici d'examiner la violation du principe de la bonne foi par l'administration et non par le bénéficiaire des prestations, laquelle ne joue un rôle que dans la procédure de demande de remise de l'obligation de restituer, procédure qui n'est pas l'objet du présent litige.

aa) Ancré à l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence,

simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou espérance légitime (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 et 129 II 361 consid. 7.1). Plus largement, le principe de la bonne foi s'applique lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit (TF 6B_659/2013 du 4 novembre 2013 consid. 3.1 et la référence citée).

D'après la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées). Ces principes s'appliquent par analogie au défaut de renseignement, la condition (c) devant toutefois être formulée de la façon suivante : que l'administré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement omis ou que ce contenu était tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre information (cf. ATF 131 V 472 consid. 5; cf. 8C_320/2010 du 14 décembre 2010 consid. 5.2; cf. TF 8C_66/2009 du 7 septembre 2009 consid. 8.4 non publié in ATF 135 V 339).

bb) En l'espèce, la Caisse avait rendu une première décision de restitution le 14 avril 2008 à la suite du versement d'un bonus en décembre 2007, laquelle était entrée en force. Au vu de cette décision et du fait que la Caisse ne pouvait avoir connaissance d'un tel versement qu'à la fin de l'année, le recourant ne peut valablement convaincre la Cour de céans qu'il n'avait pas été renseigné sur les conséquences qu'un tel revenu aurait sur le montant des indemnités perçues en cours d'année. La

Caisse n'a toutefois pas réagi à la suite du versement du bonus en décembre 2008. Ce n'est qu'en janvier 2010 qu'elle s'est aperçue du fait que le recourant avait perçu un bonus en décembre 2008, puis en décembre 2009. Elle a alors procédé à la rectification des décomptes d'indemnités compensatoires versées durant les années 2008 et 2009 en y répercutant proportionnellement le montant de ces gratifications et a notifié le 27 janvier 2010 une décision de restitution pour les montants versés à tort durant les deux années précitées.

Au vu de ces éléments, on ne peut suivre le recourant dans son argumentation visant à faire admettre que l'administration a eu un comportement susceptible de faire naître une légitimité dans la perception de ces montants indus. Certes, la Caisse a commis une erreur en ne réagissant pas suite au versement du bonus en décembre 2008, mais on ne saurait considérer qu'en omettant de répercuter le bonus perçu sur les indemnités versées en cours d'année, alors qu'elle l'avait fait l'année précédente, la Caisse ait induit en erreur l'intéressé pour le futur. Une telle omission ne peut être considérée comme une assurance ou une promesse de la Caisse de tolérer une situation irrégulière, de surcroît juste une année après avoir rendu une première décision de restitution. Cette erreur ne permet aucunement de fonder la confiance du recourant pour la continuation de versements indus. En effet, on ne peut admettre qu'une apparence de droit sur laquelle le recourant aurait pu se fonder se soit créée sur un laps de temps aussi court, lequel comprend une décision de restitution. En d'autres termes, l'absence de réaction de la Caisse en 2008 ne permet pas de déduire qu'elle renoncerait à toute comptabilisation future de la gratification.

Au demeurant, l'argument tendant à la protection de sa bonne foi est, quoi qu'il en soit, mal fondé dès lors que le recourant n'a pas établi ni même prétendu avoir pris, en raison de l'absence de décision de restitution en 2008, des dispositions contraires à ses intérêts et sur lesquelles il ne pourrait plus revenir. En effet, il ne fait état d'aucune dépense particulière. Or, des dépenses courantes que l'assuré aurait de toute façon dû engager ne constituent pas un acte de disposition

irrévocable (TF 9C_56/2011 du 19 octobre 2011 consid. 5.2 et 8C_796/2007 du 22 octobre 2008 consid. 3.1).

d) Le recourant soutient encore que le droit de demander la restitution des indemnités versées à tort était périmé, arguant que l'intimée n'a réagi que 22 mois suivant l'audience du 24 mars 2011 tenue à la Casso et que la décision de restitution du 27 janvier 2010 ne pouvait plus être considérée comme « valide ».

Selon la jurisprudence précitée (cf. consid. 4b supra), le délai de péremption commence à courir dès que l'administration aurait dû se rendre compte de l'erreur en faisant preuve de l'attention requise. En l'espèce, l'intimée indique avoir pris connaissance de la gratification de 2009 le 25 janvier 2010 lorsqu'elle a reçu de l'employeur la fiche de salaire de décembre 2009. Comme déjà relevé, s'agissant d'un revenu supplémentaire versé au bon vouloir de l'employeur en fin d'année, la Caisse ne pouvait en prendre connaissance avant la fin de l'année 2009. En notifiant une décision de restitution accompagnée des décomptes d'indemnités rectifiés deux jours après, soit le 27 janvier 2010, l'intimée a agi de la manière qui était exigible dans ces circonstances s'agissant de la gratification de 2009. L'échéance du délai de péremption d'un an consacré par l'art. 25 LPGA pouvant être fixée au 25 janvier 2011, la décision de restitution du 27 janvier 2010 est intervenue dans le délai précité.

Cela étant, le recourant estime que cette décision n'est plus valide dans la mesure où l'intimée a annulé sa décision sur opposition du 23 novembre 2010 à l'issue de l'audience du 24 mars 2011 et qu'elle a attendu 22 mois avant de rendre la décision litigieuse du 11 décembre 2012.

La jurisprudence distingue les décisions de restitution sur opposition annulées dans une procédure judiciaire de recours et renvoyées pour nouvelle décision à l'autorité inférieure, des décisions annulées par l'autorité administrative sans garantie d'une nouvelle décision de restitution dans un délai raisonnable. Dans la première

hypothèse, le délai est sauvegardé par la décision de restitution annulée par le juge pour la somme prévue initialement (DTA 2001 p. 91 consid. 2b p. 93). Dans la seconde, le délai de péremption n'est pas réputé sauvegardé par la décision de restitution qui a été annulée (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 5.2).

En l'espèce, une procédure judiciaire a été initiée par le recours du 23 décembre 2010 contre la décision sur opposition du 23 novembre 2010. Dans le cadre de cette procédure, la Casso a tenu une audience le 24 mars 2011, durant laquelle l'intimée s'est engagée à annuler sa décision sur opposition et à la remplacer par une nouvelle. Certes, la décision sur opposition n'a pas été annulée par une décision du juge. Cependant, l'audience du 24 mars 2011 a créé un lien de continuité, de sorte que l'on doit considérer que le cas d'espèce s'apparente à la première hypothèse prévue par la jurisprudence précitée et admettre que le délai de péremption a été sauvegardé. En conséquence, la décision de restitution du 27 janvier 2010 était toujours valide au moment où l'intimée a statué, de sorte que le grief du recourant doit être rejeté.

e) Au vu de l'ensemble des considérants qui précèdent, il y a lieu de retenir que l'intimée était fondée à demander la restitution d'un montant de 7'769 fr. 70 correspondant aux indemnités versées à tort durant l'année 2009 en tenant compte d'un bonus de 5'620 fr. versé par l'employeur à la fin de l'année 2009.

7. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

Par ces motifs,

**la juge unique
prononce :**

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 11 décembre 2012 par U._____, est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Mercedes Novier, avocate à Lausanne (pour W._____, à [...]),
- U._____, à [...],
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à 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).

La greffière :