

## **VD\_FINDINFO Arrêt / 2015 / 386 vom 25. Juni 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-06-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Arr\\_t\\_\\_2015\\_\\_386](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2015__386)

FR: VD\_FINDINFO Arrêt / 2015 / 386 du 25 juin 2015

IT: VD\_FINDINFO Arrêt / 2015 / 386 del 25 giugno 2015

### **Regeste**

GAIN ASSURÉ, DEGRÉ DE L'INVALIDITÉ, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL} | 23 al. 1 LACI, 95 al. 1 LACI, 95 al. 1bis LACI, 25 LAI, 53 al. 1 LPGA, 53 al. 2 LPGA, 37 al. 1 OACI, 37 al. 2 OACI, 40b OACI

### **Erwägungen**

#### **E. 25**

al. 1 LPGA, la somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par ces institutions (art. 95 al. 1bis LACI). En cas de versement rétroactif de prestations des assurances sociales précitées, la restitution s'opère par compensation, au sens de l'art. 94 al. 1 LACI. b) Une prestation accordée sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peut être répétée que lorsque les conditions d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) sont réalisées (ATF 138 V 426 consid. 5.2.1, 110 V 176 consid. 2a ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle, mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 612, ch. 16 ad art. 95, et les références citées). Indépendamment des montants en cause, une décision entrée en force formelle est soumise à révision lorsque l'assureur découvre subséquentement des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuves qui ne pouvaient être produits auparavant. Typiquement, l'attribution d'une rente rétroactive d'invalidité constitue un fait nouveau important que la caisse de chômage n'est pas censée connaître et qui justifie une révision de la décision de versement des prestations (cf. Boris Rubin, op. cit, p. 613, ch. 18 ad art. 95). c) En l'occurrence, après avoir été indemnisée en plein par l'assurance-chômage dès le 1<sup>er</sup> août 2013, la recourante a été rétroactivement mise au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité dès la même date, selon décision de l'OAI du 5 mai 2014. Cet élément constituant manifestement un fait nouveau au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, l'intimée était fondée à procéder à la révision des prestations accordées d'août 2013 à avril 2014 et à en réclamer la part indûment versée (par la voie de la compensation). Il reste dès lors à contrôler la quotité du montant demandé en restitution. 4. a) A teneur de l'art 23 al. 1, 1<sup>ère</sup> 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 gain assuré est calculé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1

OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (art. 37 al. 2 OACI). Est par contre déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail (Erwerbfähigkeit, capacità lucrativa) durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie (art. 40b OACI). b) Dans un arrêt de principe du 9 juin 2006, le Tribunal fédéral a relevé que la ratio legis de l'art. 40b OACI était d'assurer une coordination avec l'assurance-invalidité par une correction du gain assuré, dans le but d'empêcher une surindemnisation résultant de la coexistence d'une rente d'invalidité et d'indemnités de chômage (ATF 132 V 357 consid. 3.2.3). Le salaire réalisé pendant une période déterminée avant d'être touché dans sa capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé doit être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.2). La Haute Cour a en définitive confirmé le contenu, et par là même la légalité, de la Circulaire IC du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) 2003 sur l'indemnité de chômage en vigueur à l'époque, et dont la teneur a été reprise, sans changements notables s'agissant de la partie sur le gain assuré des handicapés, dans la Circulaire IC 2007, puis dans le Bulletin LACI IC. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a élargi la ratio legis de l'art. 40b OACI en considérant qu'il s'agit également de délimiter la compétence de l'assurance-chômage par rapport à d'autres assureurs, en fonction de la capacité de gain de la personne assurée pendant la période de chômage. En d'autres termes, il convient de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de travail réduite de la personne assurée pendant la période de chômage, et que compte tenu du taux d'invalidité reconnu, cette capacité n'est plus entière, mais réduite. Dans cette optique, une correction du gain assuré au sens de la disposition réglementaire doit en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvrirait pas le droit à une rente (ATF 133 V 524, consid. 5.2 et 5.3). Seul le taux d'invalidité reconnu s'avère décisif pour le calcul du gain assuré et de l'indemnité journalière à allouer à l'assuré, le gain assuré devant être réduit dans la même mesure (cf. TAF B■7970/2009, arrêt du 17 juin 2010 consid. 7.2). Enfin, le Tribunal fédéral a considéré qu'une atteinte a lieu « immédiatement avant » le chômage lorsque la diminution de la capacité de gain n'a pas (encore) eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI, en lien avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). En revanche, la situation est différente lorsque l'assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans ce cas, l'art. 40b OACI ne s'applique pas et le gain assuré est calculé sur la base du dernier salaire, lequel correspond à la capacité de gain résiduelle inchangée (cf. TF 8C\_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.3.1 et les références). c) Les chiffres B256a à B256f, et C26 à C29 du Bulletin LACI IC du SECO ont repris l'essentiel de la jurisprudence précitée, précisant notamment les éléments suivants : « B256a L'art. 40b OACI dispose que pour le calcul du gain assuré des personnes qui en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant, est déterminant le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité restante de gagner leur vie. Par « capacité de travail réduite », on entend l'invalidité constatée par l'office AI. (...) C26 Le gain assuré des personnes dont la capacité de travail est durablement réduite pour raison de santé est fixé en fonction du salaire qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité de gain résiduelle. Sont visées ici les personnes reconnues invalides par une autre institution d'assurance sociale. La protection

d'assurance de l'assurance-chômage porte uniquement sur la capacité de travail résiduelle. La caisse se fondera donc sur le salaire que touchait l'assuré avant de voir sa capacité de travail réduite (salaire avant l'invalidité) et non sur le revenu hypothétique, établi par l'AI, que l'assuré pourrait encore réaliser compte tenu de son invalidité. Exemple : Salaire avant l'invalidité CHF 4000 Décision de l'AI/AA : Calcul de l'AC : Taux d'invalidité 40 % Capacité de travail 60% Rente CHF 1000 Gain assuré CHF 2400 (...) C29 Correction du gain assuré lorsque l'assuré a droit à une rente Le gain assuré est recalculé à partir du mois où l'assuré a droit à une rente. Si ce droit débute dans le courant du mois, le recalcul du gain assuré n'intervient qu'au début du mois suivant. Exemple : Par décision du 30.7.2012, l'assurance-invalidité reconnaît rétroactivement à l'assuré un taux d'invalidité de 80% qui lui ouvre droit à une rente depuis le 15.7.2011. La caisse réduit le gain assuré à hauteur de la capacité restante de 20% avec effet au 1.8.2011. Elle demande également à l'AI la restitution par voie de compensation (art. 94 LACI). (...) La caisse ne doit pas attendre, pour corriger le gain assuré, que la décision de l'AI soit entrée en force. » d) Pour les personnes concernées, un gain assuré calculé selon les règles habituelles ne correspondrait pas à ce qu'elles pourraient espérer gagner dans le futur proche. Bien que l'art. 15 al. 3 OACI, dans un but de coordination, relativise la condition de l'aptitude au placement des assurés qui ont déposé une demande de rente d'invalidité, il n'empêche pas une correction à la baisse du gain assuré, afin que l'assurance-chômage n'intervienne pour compenser la perte de gain que pour la part liée au chômage, et non pour celle découlant de l'invalidité (DTA 1991 p. 92 consid. 3b). Le critère déterminant pour adapter le gain assuré est le taux d'invalidité décidé par l'assurance qui a statué à ce sujet. Un gain assuré déterminé sera ainsi diminué de moitié en cas de taux d'invalidité de 50% (Boris Rubin, op. cit, p. 256 ch.

## **E. 29**

à 31 ad. art. 23 et les références citées : ATF 135 V 185 consid. 7.1, 132 V 57 = DTA 2007 p. 128) 5. a) En l'espèce, la caisse a corrigé le gain assuré de la recourante sur la base du taux d'invalidité de 57% retenu par la décision de l'OAI du 5 mai 2014 pour la période courant dès le 1<sup>er</sup> août 2013. L'intimée a ainsi réduit de 57% le gain assuré initial de 4'039 francs. Procédant à un nouveau calcul du droit aux indemnités compte tenu du gain assuré rectifié de 1'737 fr. ( $4'039 \times [(100 - 57) : 100]$  ; cf. ATF 132 V 357 cité supra, consid. 4b), l'intimée est arrivée à la conclusion que l'assurée avait perçu du 1<sup>er</sup> août 2013 au 30 avril 2014 des indemnités de chômage indues à raison de 11'008 fr. 65. Par la décision litigieuse, elle a ainsi demandé la restitution de 7'652 fr. 75, par voie de compensation avec les prestations rétroactives allouées par l'OAI pour la même période. Pour sa part, la recourante ne remet pas en cause le principe même d'une réduction de son gain assuré ensuite de l'octroi d'une demi-rente d'invalidité par l'assurance-invalidité. Elle conteste par contre la quotité de la réduction opérée par la caisse (57%), soutenant que son gain assuré doit être calculé en fonction de sa capacité de travail de 50%, telle que retenue par l'OAI, et non de sa capacité de gain résiduelle (43%). La recourante estime que sa situation est particulière, dans la mesure où son atteinte à la santé n'est pas survenue durant son chômage, ou immédiatement avant, mais en 2008 déjà, soit cinq ans auparavant. A ses yeux, le gain assuré de 1'737 fr. retenu par l'intimée n'est pas représentatif de ce qu'elle est en mesure de gagner, compte tenu de son handicap. A titre préalable, contrairement à ce que mentionne l'intimée dans sa réponse du 12 novembre 2014, il n'apparaît pas que la recourante conteste son gain assuré initial de 4'039 francs. En tout état de cause, une telle conclusion sortirait de l'objet du litige et serait irrecevable, l'assurée devant cas échéant interpellier la caisse sur cette question dans le cadre d'une procédure distincte. On remarquera cependant que les

indemnités journalières versées par l'assurance-invalidité dans le cadre de mesures de reconversion à un assuré qui exerçait auparavant une activité lucrative dépendante sont prises en compte en tant que salaire déterminant dans le calcul du gain assuré (ATF 123 V 223 ; art. 25 al. 1 let. d LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance invalidité ; RS 831.20], art. 3 al. 1 LACI en liaison avec l'art. 6 al. 2 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101] ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 249, ch. 10 ad. art. 23). Le procédé adopté par la caisse lors du calcul du gain assuré en août 2013 ne paraît dès lors pas critiquable dans son principe. b) On ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle requiert une réduction de son gain assuré limitée à 50%, correspondant à sa capacité de travail, au lieu des 57% retenus par l'intimée. Bien que l'art. 40b OACI fasse référence à une « atteinte à la capacité de travail », il prévoit clairement la fixation du gain assuré en fonction de la capacité effective de « gagner sa vie ». Dans le principe, et de jurisprudence constante, la réduction du gain assuré selon l'art. 40b OACI doit ainsi s'opérer en fonction du gain que l'assuré se trouve encore en mesure de réaliser, compte tenu de ses limitations, soit en d'autres termes, de sa capacité de gain (cf. consid. 4b supra). Cette solution est confirmée par le chiffre B 256a du Bulletin LACI IC, qui précise que, par « capacité de travail réduite », on entend l'invalidité constatée par l'office AI (cf. consid. 4c supra). On notera encore que, là où la version française du Bulletin LACI IC fait état de « capacité de travail », les versions allemande et italienne mentionnent « Erwerbsfähigkeit (Validitätsgrad) » ainsi que « perdita di guadagno » et « capacità lucrativa rimanente », termes qui renvoient clairement à la notion de capacité de gain. Cette différence de terminologie découle du libellé même de l'art. 40b OACI dans chacune des trois langues (cf. consid. 4a supra). Cette manière de redéfinir le gain assuré a été maintes fois confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. consid. 4b supra). En définitive, aux yeux de l'assurance-chômage, seule la capacité de gain est déterminante pour le calcul du gain assuré au sens de l'art 40b OACI. La capacité de travail, définissant le temps que l'assuré est en mesure de consacrer à l'exercice de son activité lucrative, n'est à cet égard pas relevante. C'est dès lors de manière convaincante que l'intimée n'a pas procédé à la rectification du gain assuré de la recourante en fonction de sa capacité de travail de 50%. c) Par contre, c'est à juste titre que la recourante fait remarquer que son atteinte à la santé n'est pas survenue durant son chômage ou immédiatement avant, mais qu'elle remonte au contraire à plusieurs années avant son inscription au chômage. Or, la réduction du gain assuré selon l'art. 40b OACI s'applique aux assurés dont la capacité de gain a subi une atteinte juste avant le chômage ou durant la période d'indemnisation, à savoir à ceux dont la diminution de la capacité de gain n'a pas (encore) eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI (cf. consid. 4b supra, ATF 133 V 530, consid. 4.1.2). Dans le cas d'espèce, il est établi que l'assurée est atteinte dans sa santé depuis de nombreuses années, puisqu'à teneur de la décision de l'OAI du 5 mai 2014, sa capacité de travail est durablement restreinte depuis le 28 juillet 2008. Durant les trois ans précédant son inscription au chômage, elle a suivi une mesure de réadaptation de l'AI et a bénéficié d'indemnités journalières de l'AI, à hauteur de 80% de son dernier revenu (cf. art. 22ss LAI). C'est sur la base de ce revenu réduit qu'a été calculé son gain assuré initial de 4'039 fr., en août 2013. En outre, il ressort des pièces en possession du tribunal qu'en 2003, la recourante a réduit son taux d'activité de 100% à 80%, déjà en raison de ses troubles de santé. Après instruction, l'OAI a admis que sans atteinte à la santé, l'assurée aurait travaillé à plein temps ; l'office lui a ainsi reconnu un statut de personne active à 100%. La capacité de gain de la recourante a dès lors subi, bien avant la

survenance de son chômage, deux diminutions successives pour des raisons de santé : une première de 20% en 2003 suite à la baisse de son taux d'activité, puis une seconde de 20% (sur les 80% restants), compte tenu du versement d'indemnités journalières de l'AI au taux de 80%. Ces deux éléments conjugués permettent d'affirmer que la diminution de la capacité de gain de la recourante en raison de son atteinte à la santé a déjà eu une influence sur les éléments retenus par la caisse pour le calcul de son gain assuré à l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation. La condition d'immédiateté entre l'atteinte à la santé et la survenance du chômage fait ainsi défaut, de sorte que l'atteinte à la capacité de gain n'est pas intervenue « immédiatement avant » le chômage au sens de la jurisprudence fédérale (cf. consid. 4b supra). La situation de la recourante reste cependant particulière. En effet, alors même qu'elle était déjà atteinte dans sa capacité de gain bien avant son chômage, le gain assuré de 4'039 fr. ne correspond pas pour autant à sa capacité effective de gagner sa vie, compte tenu de son handicap. Ce montant excède en effet dans une large mesure la rémunération à laquelle l'assurée pourrait prétendre actuellement. Ainsi, le postulat posé par le Tribunal fédéral dans son arrêt 8C\_104/2011 (cf. consid. 4b in fine supra), selon lequel le gain assuré calculé sur la base du dernier salaire dans le cas d'un assuré déjà atteint dans sa capacité de gain avant le chômage correspondrait à sa capacité effective de gain, ne se vérifie pas en l'espèce. D'un côté, la réduction de 57% opérée par la caisse revient à répercuter de manière surévaluée l'atteinte à la capacité de gain sur le gain assuré, le gain assuré initial étant déjà inférieur au salaire réalisé par la recourante avant l'atteinte à la santé. Cette solution, allant au-delà du but poursuivi par l'art. 40b OACI, ne saurait dès lors être retenue. D'un autre côté, renoncer à toute réduction du gain assuré de 4'039 fr. ne serait pas satisfaisant non plus. Si en effet, la diminution de la capacité de gain se reflète déjà dans ce montant, cette répercussion n'est que partielle. Afin de satisfaire au but visé par l'art. 40b OACI, il convient dès lors d'opérer une réduction complémentaire qui, cumulée à la diminution de la capacité de gain ressortant déjà du gain assuré initial, aboutirait à une réduction totale de 57% et correspondrait à la capacité résiduelle de gain de la recourante de 43%, telle que retenue par l'OAI. En l'espèce, la diminution de la capacité de gain de l'assurée pour des raisons de santé se reflète déjà à raison de 36% dans le gain assuré de 4'039 fr. (gain assuré calculé sur des indemnités journalières de 80% sur un salaire déterminant correspondant à un taux d'activité de 80% ;  $80\% \times 80\% = 64\%$  ;  $100 - 64 = 36$ ). Rapporté à un salaire entier sans réduction, le gain s'élèverait à 6'311 fr. ( $4'039 : 64 \times 100$ ). Afin que le gain assuré rectifié reflète une atteinte à la capacité de gain équivalente au taux d'invalidité de 57%, une réduction complémentaire de 21% ( $57\% - 36\%$ ) du gain avant réduction s'impose. C'est ainsi un montant de 1'325 fr. ( $6'311 \times 21\%$ ) qu'il convient de déduire du gain assuré initial de 4'039 francs. Le gain assuré rectifié s'élève ainsi à 2'714 francs. Cette solution permet de satisfaire au plus près au but de l'art. 40b OACI, qui consiste à assurer des prestations de l'assurance-chômage ne dépassant pas la capacité de gain effective de l'assurés durant la période de chômage et à ne permettre une indemnisation par l'assurance qu'en fonction du (nouveau) gain que l'assuré est réellement en mesure de réaliser, compte tenu de son atteinte à la santé. En définitive, c'est ainsi sur la base d'un gain assuré de 2'714 fr. que le droit aux indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> août 2013 et le montant à restituer par la recourante ensuite de la demi-rente octroyée par l'OAI doivent être recalculés.

6. a) Il s'ensuit que le recours, bien fondé, doit être admis, la décision sur opposition étant annulée et le dossier renvoyé à l'intimée pour nouvelle décision de restitution à établir sur la base du gain assuré rectifié au sens de l'art 40b OACI de 2'714 francs. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art.

61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante a agi sans le concours d'un représentant (art. 61 let. g LPGA). Par ces motifs, la juge unique prononce : I. Le recours est admis. II. La décision sur opposition rendue le 1<sup>er</sup> octobre 2014 par la H. \_\_\_\_\_ est annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. 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 : ■ F. \_\_\_\_\_, ■ H. \_\_\_\_\_, - Secrétariat d'Etat à l'économie 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 :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.