

# **VD\_GERICHTE ZQ15.013799 vom 17. November 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-11-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ15.013799](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ15.013799)

FR: VD\_GERICHTE ZQ15.013799 du 17 novembre 2015

IT: VD\_GERICHTE ZQ15.013799 del 17 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Sauf dérogation expresse, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire 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 (art. 100 al. 3 LACI ; art. 119 et 128 al. 1 OACI). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; 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 du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). b/aa) En l'espèce, le recours a été formé en temps utile et satisfait aux autres conditions de forme prévues par la loi. En effet, même

- 6 - s'il ne contient pas de conclusions expresses, contrairement à ce qui est exigé (art. 61 let. b LPGA ; art. 79 al. 1 LPA-VD en relation avec l'art. 99 LPA-VD), cet acte peut être compris – compte tenu du principe de la simplicité de la procédure (cf. art. 61 let. a LPGA) – en ce sens que le recourant conclut implicitement à l'octroi d'indemnités journalières plus élevées calculées sur la base d'un gain assuré supérieur, lui-même n'étant tenu à aucune restitution. bb) La présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales statuant comme juge unique, dès lors que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). En effet, s'il fallait prendre en considération un gain assuré de 5'700 fr. comme allégué par le recourant, l'indemnité journalière brute serait de 210 fr. 15 ( $5'700 \text{ fr.} \times 80 \% \div 21,7$  jours de travail moyens), soit une différence de 95 fr. 40 par rapport à celle de 114 fr. 75 ( $3'113 \text{ fr.} \times 80 \% \div 21,7$ ) retenue par l'intimée. Compte tenu du nombre maximal de 260 indemnités journalières auquel le recourant a droit, la valeur litigieuse serait de 24'804 fr. ( $95 \text{ fr.} 40 \times 260$ ). Celle-ci n'atteindrait pas non plus 30'000 fr. s'il fallait la fixer sur la base du montant dont la restitution est demandée, soit 381 fr. 10.

### **E. 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, 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).  
b) Le litige porte sur le montant des indemnités journalières de chômage du recourant, et, plus particulièrement, sur la détermination du gain assuré sur la base duquel ces indemnités sont calculées, ainsi que sur la restitution des prestations qui pourrait en découler. Le recourant

- 7 - voudrait que le gain assuré soit supérieur aux 3'113 fr. retenus par la Caisse et qu'il se rapproche d'un montant de 4'800 fr. brut pour un taux d'activité de 80 % et de 5'700 fr. brut à 100 %. On peut encore relever que la présente cause ne concerne pas uniquement les indemnités versées à l'assuré en mai et juin 2014, mais également les indemnités journalières de chômage pour les mois suivants.

### **E. 3**

a) L'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières. Selon les cas, celles-ci s'élèvent à 70 % ou 80 % du gain assuré (cf. art. 21 et 22 LACI). A teneur de l'art. 23 al. 1 première phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) 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'alinéa 1 (art. 37 al. 2 OACI). Les indemnités journalières versées par l'AI 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 Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 10 ad art. 23 LACI, p. 249). Dès lors que les indemnités journalières de l'AI touchées par l'assuré doivent être considérées comme salaire déterminant, la caisse doit se baser, pour le

- 8 - calcul du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, sur les indemnités journalières versées par l'AI pendant la reconversion de l'assuré, et non sur le salaire mensuel qu'il touchait avant sa reconversion (Bulletin LACI IC [Indemnité de chômage], C4, consultable sur le site internet [www.espace-emploi.ch](http://www.espace-emploi.ch), rubrique « Publications »). 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 (Erwerbsfähigkeit, 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 indiqué 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 que l'assuré soit touché dans sa capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé devait 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 sur l'indemnité de chômage du SECO en vigueur à l'époque (dès 2003), et dont la teneur a été reprise, sans changements notables s'agissant de la partie sur le gain assuré des handicapés, dans la Circulaire sur l'indemnité de chômage de 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'agissait 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

- 9 - 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'ouvre 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. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7970/2009 du 17 juin 2010 consid. 7.2). Enfin, selon le Tribunal fédéral, 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. [...] B256f Pour les assurés qui subissent, durant le chômage ou immédiatement avant, une atteinte à la santé diminuant leur capacité de travail, le gain assuré doit être corrigé après coup vers le bas à hauteur de la capacité de gain qui leur reste. Les montants

- 10 - versés en trop devront leur être réclamés en retour ou imputés sur les prestations de l'autre assurance sociale (voir C26 ss.) [...] 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 Si, pendant le délai-cadre d'indemnisation, une autre assurance sociale déclare rétroactivement l'assuré

invalide, son gain assuré doit être corrigé vers le bas proportionnellement à sa capacité de travail résiduelle même si le taux d'invalidité constaté n'ouvre pas droit à une rente.

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

- 11 - 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 % (Rubin, op. cit., nn. 29 et 30 ad art. 23 LACI, p. 256, avec les arrêts cités ATF 135 V 185 consid. 7.1, et 132 V 357 publié in : DTA 2007 p. 128)

#### **E. 4**

a) En l'espèce, l'intimée a calculé le gain assuré du recourant sur la base des indemnités journalières AI reçues par ce dernier durant les mesures professionnelles dont il a bénéficié. Ceci ne prête pas le flanc à la critique, dès lors que les indemnités journalières de l'AI peuvent être considérées comme salaire déterminant (cf. consid. 3a supra). De plus, le gain assuré initialement retenu dans le décompte du 4 juin 2014, à savoir 3'796 fr. par mois, respectivement 45'552 fr. par an, correspond bel et bien aux montants des indemnités journalières que le recourant a perçues de l'AI pendant les douze mois précédant l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation (cf. art. 37 al. 2 OACI). C'est ainsi à tort que le recourant estime que son gain assuré devrait être déterminé sur la base de son ancien salaire mensuel, et non sur celui réalisé durant les mesures AI, et qu'un versement rétroactif devrait intervenir en sa faveur. b) Il convient encore d'examiner si l'intimée était fondée à réduire, en se fondant sur l'art. 40b OACI, le gain assuré ainsi déterminé. Cette disposition trouve application chaque fois que l'assuré, en raison de problèmes de santé, subit une diminution de sa capacité de gain « durant son chômage ou immédiatement avant ». Tel est le cas uniquement lorsque cette diminution n'a pas – encore – eu d'influence sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré, de sorte qu'un calcul du gain selon les règles ordinaires de l'art. 37 al. 1 ou al. 2 OACI aboutirait à un

- 12 - montant dépassant la réelle capacité de gain de l'intéressé (cf. consid. 3b supra ; ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). En l'espèce, le recourant est atteint dans sa santé depuis un accident survenu le 22 juillet 2008. Ensuite de cet événement, la CNA lui a reconnu, au vu de l'incapacité de gain de 18 % qu'il présente, le droit à une rente d'invalidité dès le 1er juillet 2010, confirmé le 22 avril 2014. L'assuré a en outre bénéficié de mesures professionnelles du 4 mars 2013 au 30 avril 2014, période durant laquelle il a perçu des

indemnités journalières de l'AI, limitées à 80 % de son dernier revenu. Ainsi, sa capacité de gain était réduite bien avant qu'il se voie allouer des prestations de l'assurance-chômage le 1er mai 2014. La condition d'immédiateté entre l'atteinte à la santé et la survenance du chômage n'est en conséquence pas réalisée et l'atteinte à la capacité de gain n'est pas intervenue « immédiatement » avant le chômage au sens de la jurisprudence fédérale exposée précédemment (cf. consid. 3b supra, en particulier l'arrêt 8C\_104/2011 du 2 décembre 2011 cité). Enfin, il faut relever que la diminution de la capacité de gain de 18 % que l'intimée entend répercuter sur le gain assuré initial de 3'796 fr. en raison de la reprise du versement de la rente d'invalidité par la CNA le 1er mai 2014 se reflète déjà dans ce montant, qui se fonde, à juste titre, sur les indemnités journalières AI reçues par le recourant et correspondant à 80 % de son dernier revenu déterminant. La diminution de la capacité de gain du recourant a dès lors déjà eu un effet sur les éléments pris en considération par l'intimée pour fixer le gain assuré à l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation le 1er mai 2014. Il n'y a ainsi pas lieu de procéder à une réduction du gain assuré initial en application de l'art. 40b OACI et le gain assuré de 3'796 fr. reste déterminant pour le calcul du droit aux indemnités de chômage du recourant dès le 1er mai 2014. La décision sur opposition entreprise, qui confirme la décision de la Caisse demandant la restitution de la somme de 381 fr. 10 et se base sur un gain assuré de 3'113 fr., est dès lors mal fondée. c) Cette solution, également retenue par la Cour de céans dans un arrêt du 29 juin 2015 (ACH 28/15 – 98/2015), se justifie aussi

- 13 - longtemps que la perte de gain n'excède pas 20 %. Si celle-ci devait être supérieure à 20 %, la question d'une surindemnisation au sens de l'art. 69 LPGa pourrait se poser, lorsque l'assuré touche une rente correspondant à cette perte de gain. Aux termes de l'art. 69 LPGa, le concours de prestations de différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit ; ne sont prises en compte dans le calcul de la surindemnisation que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable (al. 1). Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (al. 2). En l'espèce, la non-réduction du gain assuré n'entraîne pas une violation de la disposition précitée, le gain assuré de 3'796 fr. n'excédant pas le revenu auquel peut prétendre l'assuré dans l'exercice d'une activité adaptée à son état de santé. En effet, si le recourant n'avait pas été au chômage mais avait travaillé dans une activité adaptée, il aurait touché, compte tenu de sa capacité de gain réduite en raison de son invalidité, la rente de 18 % versée par la CNA. Or, en l'état, l'assuré perçoit, outre la rente de l'assurance-accidents de 18 %, des indemnités de chômage. Celles-ci correspondent à 80 % du montant des indemnités AI dont il a bénéficié, elles-mêmes déjà limitées à 80 % du revenu sans invalidité, soit sans réduction de la capacité de gain ou de travail. Les indemnités de chômage sont ainsi en l'occurrence de toute manière inférieures au revenu que l'assuré aurait réalisé dans une activité adaptée, de sorte qu'il ne saurait y avoir un cas de surindemnisation au sens de l'art. 69 LPGa. d) Au surplus, il n'est nul besoin d'examiner plus avant la question de la restitution des prestations au sens des art. 95 LACI et 25 LPGa, dispositions qui régissent le remboursement des prestations perçues à tort par un assuré. En effet, pour les motifs exposés

- 14 - précédemment, les indemnités journalières versées au recourant selon le décompte du 4 juin 2014 ne l'ont pas été indûment et il n'y a en conséquence pas matière à restitution.

## E. 5

a) En conclusion, le recours doit être partiellement admis et la décision sur opposition entreprise annulée. Le gain assuré déterminant pour le calcul des indemnités journalières du recourant dès le 1er mai 2014 est maintenu à 3'796 fr. par mois conformément au décompte initial du 4 juin 2014, de sorte que la cause doit être renvoyée à la Caisse cantonale de chômage, agence de Lausanne, pour procéder aux corrections nécessaires dans le calcul des indemnités journalières du recourant dès le 1er mai 2014. 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 le recourant a agi sans l'assistance d'un mandataire professionnel (cf. art. 61 let. g LPGA). Par ces motifs, le juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est partiellement admis. II. La décision sur opposition rendue le 31 mars 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée. III. Le gain assuré déterminant pour le calcul des indemnités journalières de chômage de R. \_\_\_\_\_ dès le 1er mai 2014 demeure fixé à 3'796 fr. par mois. IV. La cause est renvoyée à la Caisse cantonale de chômage, agence de Lausanne, pour procéder aux corrections

- 15 - nécessaires dans le calcul des indemnités journalières de chômage de R. \_\_\_\_\_ dès le 1er mai 2014. V. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens. Le juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - R. \_\_\_\_\_, - Caisse cantonale de chômage, Division juridique, - 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.