

VD_GERICHTE ZQ15.030396 vom 18. April 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-04-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ15.030396

FR: VD_GERICHTE ZQ15.030396 du 18 avril 2016

IT: VD_GERICHTE ZQ15.030396 del 18 aprile 2016

Volltext

TRIBUNAL CANTONAL ACH 128/15 - 61/2016 ZQ15.030396 CO UR DE S
ASSURANCES SOCIALES _____

Arrêt du 18 avril 2016 _____ Composition : Mme PASCHE, juge unique
Greffière : Mme Berseth Bébox ***** Cause pendante entre : Z._____, à [...],
recourante, et CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à
Lausanne, intimée. _____ Art. 23 al. 1 LACI ; art. 37 al. 1 et 2 et 40b OACI
403

- 2 - E n f a i t : A. Z._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a été
engagée en août 1993 en qualité d'aide-infirmière veilleuse par l'établissement
médico-social (ci-après : EMS) D._____, à Q._____. L'assurée a présenté une totale
incapacité de travail du 1er août 2008 au 28 février 2009. Le 19 février 2009, elle a déposé
une demande de prestations de l'assurance-invalidité (ci-après : AI), indiquant qu'elle
travaillait à 90% depuis août 1993 auprès de l'EMS D._____, pour un salaire mensuel
brut de 4'356 fr., et qu'elle subissait des douleurs à la nuque depuis 1998, en raison d'un
accident. Renseignant l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après :
OAI) le 12 mars 2009, l'employeur a indiqué que l'assurée avait travaillé au taux de 90%
dès le 1er janvier 2003 en qualité d'aide-infirmière veilleuse jusqu'à fin juillet 2008, date à
laquelle elle s'était retrouvée en totale incapacité de travail. Dès le 1er mars 2009, elle avait
repris le travail à 50% (de son 90%) dans une nouvelle activité comprenant
l'accompagnement du service du petit-déjeuner et diverses tâches ménagères. Le salaire
mensuel était de 4'356 fr. depuis le 1er janvier 2009, l'employeur précisant qu'il
correspondait au salaire que l'assurée obtiendrait dans son activité habituelle sans atteinte à
la santé, et n'équivalait pas à son rendement effectif. La seule différence de rémunération
résidait dans le fait que l'assurée ne travaillait plus de nuit, et ne percevait dès lors plus le
supplément horaire y relatif. L'assurée a repris le travail à son taux habituel de 90% le 16
avril 2009. L'OAI a mis l'assurée au bénéfice de mesures d'ordre professionnel, sous forme
d'un cours AVDEMS (Association vaudoise d'établissements médico-sociaux), d'un cours
d'accompagnatrice en psychiatrie de l'âge avancé et d'un cours d'informatique, afin que

- 3 - l'intéressée soit en mesure d'occuper le poste réadapté d'accompagnatrice
socio-hôtelière créé par son employeur à son attention. Par décision du 9 novembre 2010,
l'OAI a fait savoir à l'assurée qu'il la considérait comme professionnellement réadaptée de
manière appropriée et que d'autres mesures d'ordre professionnel ne se justifiaient pas. Elle
n'avait de surcroît pas droit à des prestations financières de l'AI, son incapacité de travail
ayant duré moins d'une année. B. Le 26 décembre 2012, l'assurée a demandé à l'OAI un
nouvel examen de sa situation. Par courrier du 30 septembre 2013, l'employeur a résilié les
rapports de travail avec effet au 31 décembre suivant, au motif que l'assurée se trouvait en
incapacité de travail de longue durée. Le 19 décembre 2013, l'assurée a sollicité l'octroi

d'indemnités de chômage dès le 1er janvier 2014 auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée), par son agence de [...]. Aux termes du formulaire de demande d'indemnités, l'assurée a précisé que le travail réalisé au moment de la résiliation de son contrat n'était plus adapté à ses capacités physiques et qu'elle avait été en incapacité de travail pour cause de maladie du 30 septembre au 31 décembre 2013. Elle a également indiqué qu'elle était disposée à travailler à 100%, mais que sa capacité de travail était actuellement réduite à 50%. A titre de remarque, elle a ajouté qu'une demande de prestations AI était en cours et qu'une décision précédente de l'office AI avait fait le constat de limitations fonctionnelles. A teneur du formulaire « Attestation de l'employeur » du 18 décembre 2013, l'EMS D._____ a indiqué que l'assurée travaillait 37,35 heures par semaine, soit à 90% de l'horaire normal en vigueur dans l'entreprise (41,5 heures). S'agissant des motifs de résiliation, l'employeur a indiqué :

- 4 - « Durant les 6 dernières années Mme Z._____ a eu de nombreuses absences pour cause de maladie/accident. Suite à une démarche de détection précoce (AI) en 2009 elle a été amenée à changer de fonction afin d'effectuer des tâches moins lourdes. Aujourd'hui, suite à une année de maladie (100% ou 50%) elle constate qu'elle est dans l'impossibilité de poursuivre sur cette voie. D'un commun accord, nous avons mis fin à son contrat pour le 31.12.2013.» L'employeur a également indiqué que l'assurée avait travaillé jusqu'au 12 décembre 2013, que son dernier salaire mensuel s'était élevé à 4'364 fr. 10, et qu'elle avait perçu un revenu brut de 59'968 fr. 70 en 2012 et de 56'606 fr. 70 en 2013. La caisse a ouvert un délai-cadre d'indemnisation en faveur de l'assurée du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2015 sur la base d'un gain assuré de 4'749 fr. et d'un taux d'indemnisation de 70%, soit une indemnité journalière de 153 fr. 20. Par communication du 10 septembre 2014, l'OAI a mis l'assurée au bénéfice d'une aide au placement, sous forme d'un conseil et un soutien dans la recherche d'un nouvel emploi. Selon une fiche de calcul du 18 novembre 2014, l'OAI a estimé qu'en 2014, sans invalidité, l'assurée percevrait un salaire annuel de 56'732 fr. dans sa dernière activité d'accompagnatrice hôtelière à 90%. Procédant à l'évaluation du salaire d'invalidité au moyen de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), l'office a retenu que le salaire correspondant aux activités adaptées encore à portée de l'assurée s'élevait à 48'768 fr. 33 pour un taux d'activité à 90%, montant sur lequel il convenait encore d'opérer un abattement de 10%, pour tenir compte du désavantage salarial inhérent aux limitations fonctionnelles et à l'âge de l'intéressée. En définitive, le salaire d'invalidité s'élevait à 43'891 fr. 50 et la comparaison des revenus avec et sans invalidité aboutissait à un préjudice économique de 22,63% ($(56'732 - 43'891,50) : 56'736 \times 100$).

- 5 - Aux termes d'un projet de décision de refus de rente du 21 novembre 2014, l'OAI a fait savoir à l'assurée qu'il envisageait de rejeter sa demande de prestations, selon la motivation suivante : « (...) En date du 31 décembre 2012, vous avez demandé un nouvel examen de votre situation. Vous avez présenté une incapacité de travail depuis le 8 décembre 2012 (début du délai d'attente d'une année) et été indemnisée par votre assureur perte de gain [...], puis votre contrat de travail a été résilié et vous vous êtes inscrite au chômage et vous bénéficiez d'une suivi par IPT [Intégration Pour Tous]. Sur le plan médical, il s'avère que vos limitations fonctionnelles (port de charges lourdes – travail accroupi, à genoux, répétitif avec les bras au-dessus de l'horizontale – déplacements fréquents) contre- indiquent les activités d'aide-infirmière et d'accompagnatrice socio-hôtelière, activité pour laquelle vous avez été reclassée en 2010. Toutefois, dès le 1er novembre 2013, une activité adaptée est pleinement exigible, soit toute activité industrielle

légère (montage, conditionnement léger, contrôle). Ce genre de travail pourrait vous procurer un revenu équivalent à votre ancien revenu selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS). Selon une approche théorique des revenus, en tenant compte d'un abattement en raison de vos limitations fonctionnelles, votre préjudice serait de l'ordre de 23%. Notre service Réadaptation estime qu'aucune mesure de reclassement ne permettrait de réduire votre préjudice, notre intervention sous cet angle ne se justifie donc pas, hormis le soutien de notre service de Placement octroyé par communication du 10 septembre 2014. Force est de constater qu'à l'échéance du délai de carence d'un an, le 8 décembre 2013, votre degré d'invalidité – inférieur à 40% – ne vous ouvre pas le droit à des prestations financières de notre assurance. (...) » Par décision du 16 janvier 2015, l'OAI a confirmé son projet du 21 novembre 2014, dont il a repris la motivation, et a rejeté la demande de prestations de l'assurée. Aux termes d'une décision du 23 avril 2015, la caisse a réduit le montant du gain assuré de Z._____ à 3'657 fr. correspondant à une indemnité journalière de 134 fr. 80, avec effet au 1er février 2015. L'autorité expliquait que cette correction était induite par le degré d'invalidité de 23% reconnu par l'OAI, le gain assuré initial de 4'749 fr. devant être réduit dans la même proportion.

- 6 - Le 5 mai 2015, l'assurée s'est opposée à la décision du 23 avril 2015 de la caisse. Elle a fait valoir que, selon la décision rendue le 16 janvier 2015 par l'OAI, une activité adaptée était pleinement exigible et pourrait lui « procurer un revenu équivalent à [son] ancien revenu selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) ». Estimant qu'il ressort de ces éléments qu'elle est apte à 100% pour toute activité industrielle légère, elle conteste la réduction de son gain assuré. Au dossier de la caisse figure une note téléphonique dont le contenu est le suivant : « Tél du 6 juillet 2015 avec Mme [...] de l'OAI : pour elle il y a clairement un préjudice de 23%, elle ne comprend pas pourquoi sa collègue n'a pas mis de détail des calculs mais ils les ont dans le dossier au cas où. L'assurée a une perte de revenu dans une activité adaptée de 12'000.- par année. La décision n'est effectivement pas très claire mais il faut lui reconnaître un préjudice de 23% » Par décision sur opposition du 10 juillet 2015, la Division juridique de la caisse a rejeté l'opposition du 5 mai 2015 et a confirmé la réduction du gain assuré en proportion du taux d'invalidité de 23%, exposant ce qui suit : « Selon la décision de l'office AI du 16 janvier 2015, l'assurée subit désormais un préjudice de 23%. Il est vrai que la décision n'est pas très claire du moment qu'elle mentionne que l'assurée peut réaliser un revenu équivalent à son ancien revenu. Mais selon contact téléphonique du 6 juillet 2015 avec Mme [...] de l'OAI, il faut bien considérer que l'assurée subit un préjudice de cet ordre et non l'inverse. En application de la jurisprudence, une correction de son gain assuré doit avoir lieu même si elle ne peut percevoir de rente (ATF 133 V 524). » C. Par acte du 17 juillet 2015, Z._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition rendue le 10 juillet 2015 par la caisse, concluant implicitement à sa réforme, en ce sens que « son aptitude au placement à plein temps » soit reconnue. A l'appui de sa contestation, la recourante argue du fait qu'elle est inscrite au chômage depuis le 1er janvier 2014 à 100% et qu'à ce titre, elle recherche un emploi à plein temps. L'assurée

- 7 - relève que l'OAI, dans sa décision de refus de rente du 16 janvier 2015, a constaté un taux d'invalidité de 23% mais a également précisé qu'elle restait apte à occuper un poste à plein temps et en mesure de réaliser un gain équivalent à son ancien salaire. Cela étant, elle estime que c'est sans fondement que la caisse a « nié son aptitude au travail à plein temps ». Dans une réponse du 31 août 2015, la caisse a conclu au rejet du recours et au maintien de

sa décision sur opposition du 10 juillet 2015. Elle a fait valoir que malgré le libellé peu clair de la décision de l'OAI du 16 janvier 2015, il ressortait de celle-ci que l'assurée ne pouvait plus réaliser un salaire équivalent à celui qu'elle aurait obtenu dans son activité habituelle sans atteinte à la santé, sa capacité de gain étant diminuée de 23%. L'intimée précise que ceci lui a été confirmé par un gestionnaire de l'OAI au cours d'un entretien téléphonique du 6 juillet 2015. Le gain assuré retenu par l'assurance-chômage devant correspondre à la réelle capacité de gain de l'assuré, il était selon elle correct de le diminuer de 23% dès le 1er février 2015. Par réplique du 22 septembre 2015, la recourante a fait valoir que l'avis oral obtenu par l'intimée auprès de l'OAI était insuffisant pour lui permettre de se déterminer en toute connaissance de cause. Elle ajoute que Mme [...], collaboratrice à l'OAI contactée par téléphone par l'Association de défense des chômeuses et chômeurs (ADC) l'assistant dans ses démarches, avait confirmé qu'elle était de mesure de gagner un salaire aussi élevé qu'avant et a attesté de « [sa] capacité de gain et de [son] aptitude à travailler à 100% ». Le 28 septembre 2015, la recourante a fait parvenir au Tribunal un courrier reçu de l'OAI, à la teneur suivante : « (...) Nous pouvons vous confirmer les éléments principaux de notre décision notifiée le 16 janvier 2015, comme suit : L'activité d'aide-infirmière – exercée auparavant – n'est plus exigible. Toutefois, une capacité de travail entière vous est reconnue dans toute activité adaptée à partir du mois de novembre 2013 : vous pouvez donc travailler à 100%.

- 8 - Vos limitations fonctionnelles sont : le port de charges de plus de 10kg – le travail autre qu'assis avec peu de déplacement, accroupi ou à genoux, sur échelles – le travail répétitif avec les bras au-dessus de l'horizontale – le travail sollicitant de manière répétitive la nuque (extension et position statique de la nuque. » Cette pièce a été transmise à l'intimée pour détermination, laquelle n'a toutefois pas procédé plus avant. Le 14 décembre 2015, sur requête du Tribunal, l'OAI a produit les pièces administratives et économiques du dossier de l'assurée. 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 aux contestations relevant de la LACI (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, 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 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance- chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02] et 119 al. 1 let. a OACI). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il 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

- 9 - (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant toutefois inférieure à 30'000 fr., (compte tenu de la différence d'indemnisation en cause et du solde de 158 indemnités journalières prévalant au moment de la prise d'effet de la décision litigieuse), la cause est de la compétence d'un membre de la Cour statuant en tant que 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 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53). b) En l'occurrence, le litige porte sur la question de savoir si l'intimée était légitimée à réduire le gain assuré de la recourante de 4'749 fr. à 3'657 fr. avec effet au 1er février 2015, ensuite de la décision de l'OAI du 16 janvier 2015 retenant un taux d'invalidité de 23%. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si le gain assuré doit être arrêté en fonction de la capacité de gain ou de la capacité de travail de l'assurée, dès lors que celles-ci ne sont pas identiques. 3. a) A teneur de l'art 23 al. 1, 1ère phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le 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

- 10 - 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 par l'assuré 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). 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. Il a indiqué qu'il convenait 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'était plus entière, mais réduite. Dans cette optique, une correction du gain assuré au sens de la disposition réglementaire devait en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvrait pas le droit à une rente (ATF 133 V 524, consid. 5.2 et 5.3). Le Tribunal administratif fédéral a confirmé que dès qu'un taux d'invalidité était constaté, il en résultait obligatoirement une incidence sur le montant de l'indemnisation octroyée par l'assurance-chômage. Il a conclu que seul le taux d'invalidité reconnu s'avérait décisif pour le calcul

- 11 - du gain assuré et de l'indemnité journalière à allouer à l'assuré, précisant que la Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) sur l'indemnité de chômage ne prêtait à aucune interprétation sur ce point. Le fait que l'assuré puisse effectuer une activité « en plein » ou qu'il recherche un emploi à 100 % ne voulait pas encore dire qu'il puisse réaliser un revenu égal à ce qui était le cas avant son accident. Par capacité de travail (être en mesure de travailler), on entend la capacité physique et mentale ainsi que la disponibilité quant au temps et au lieu. Le fait pour l'assuré de ne pas pouvoir exercer certains travaux induit une telle capacité de travail réduite qui se répercute sur sa capacité de gain. Constatant que le recourant concerné par la cause s'était vu reconnaître par la SUVA un taux d'invalidité de 36%, le Tribunal administratif fédéral en a conclu qu'il convenait de réduire dans la même mesure le montant de son gain assuré (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). c) 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%. Le moment déterminant pour l'adaptation du gain assuré est celui où la décision de l'autre assurance est rendue, indépendamment de la date où elle est entrée en force. Lorsque l'assuré perçoit une rente, le gain assuré est modifié à compter du mois où il a droit à ladite rente. Lorsqu'il

- 12 - n'a pas droit à une telle rente, la correction de son gain assuré intervient juste après la date où la décision de l'autre assurance est rendue. (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 256 no29 à 31 ad. art. 23 et les références citées : ATF 135 V 185 consid. 7.1, 132 V 57 = DTA 2007 p. 128) 4. a) En l'espèce, la caisse a procédé à la correction du gain assuré sur la base du taux d'invalidité de 23% retenu par l'OAI dans sa décision du 16 janvier 2015, pour la période courant dès le 1er février 2015. L'intimée a ainsi réduit de 23% le gain assuré initial de 4'749 fr. et a fixé le nouveau gain déterminant à 3'657 fr. ($4'749 \times [(100 - 23) : 100]$). Elle s'est principalement fondée sur le Bulletin LACI IC du SECO, qui reprend pour l'essentiel les règles fixées par la jurisprudence citée aux considérants 3b et c ci-dessus, en précisant notamment que par « capacité de travail réduite », on entend l'invalidité constatée par l'office AI (Bulletin LACI IC, B256a in fine). De son côté, la recourante remet en question la réduction de son gain assuré, arguant du fait que l'OAI lui a reconnu une pleine capacité de travail et que dès lors, la caisse devait à son tour retenir une « aptitude au placement à plein temps » et maintenir son gain assuré à 4'749 francs. Elle fait valoir à cet égard que, selon l'art. 15 al. 3 OACI, lorsqu'un handicapé n'est pas manifestement inapte au placement et qu'il s'est annoncé à l'assurance-invalidité, il est réputé apte au placement. b) Cette argumentation ne saurait toutefois être suivie. L'art. 40b OACI vise à ne permettre une indemnisation par l'assurance-chômage qu'en fonction du (nouveau) gain que l'assuré est réellement en mesure de réaliser, compte tenu de son atteinte à la santé. Est déterminant pour le calcul du

gain assuré des personnes qui, en raison de leur état de santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie. Bien que la norme fasse référence à une atteinte à la « capacité de travail », elle prévoit clairement la fixation du gain assuré en fonction de la capacité effective de « gagner

- 13 - sa vie ». Cette règle est à mettre en corrélation avec l'art. 1a al. 1 let. a LACI, qui définit le but de l'assurance-chômage en ce sens qu'elle vise à garantir une compensation convenable du manque à gagner causé par le chômage. Un manque à gagner dû à une autre cause, telle que l'invalidité, ne peut valablement être mis à la charge du chômage. La réduction du gain assuré doit dès lors s'opérer en fonction du gain que l'assuré se trouve encore en mesure de réaliser, compte tenu de ses limitations. En l'occurrence, si l'OAI a reconnu la recourante invalide à 23%, c'est précisément parce qu'en raison de son état de santé, elle ne peut plus réaliser un salaire correspondant à celui qu'elle percevrait sans invalidité, même en mettant pleinement à contribution sa capacité de travail. C'est dire que, même en situation de plein emploi, si elle trouvait un travail adapté à son état de santé, l'intéressée ne pourrait plus prétendre au salaire qu'elle percevait avant l'invalidité, mais seulement à un revenu réduit à concurrence du taux d'invalidité reconnu, soit un revenu inférieur de 23%. Indépendamment du libellé de la décision rendue le 16 janvier 2015 par l'OAI, c'est bien la perte économique subie par l'assurée en raison de son atteinte à la santé qui fonde le taux d'invalidité qui lui a été reconnu. Cette perte économique, ou en d'autres termes cette incapacité de gain, est la définition même de l'invalidité (cf. art. 8 al. 1 LPGa). Si, comme le laisse à tort entendre le libellé de la décision AI, l'assurée était en mesure de réaliser un salaire équivalent à son ancien revenu, l'OAI ne lui aurait reconnu aucune invalidité. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la fiche de calcul figurant au dossier AI, de laquelle il ressort que, compte tenu de son taux d'activité à 90% et d'un abattement de 10% supplémentaire induit par ses limitations fonctionnelles, le salaire exigible de l'assurée se limite à 43'891 fr. 50, alors qu'il se serait élevé à 56'732 fr. si elle avait pu conserver son activité d'accompagnatrice hôtelière à 90% auprès du CMS D._____. La perte économique de 12'840 fr. 50 qui en découle correspond au degré d'invalidité de 23%. Même si une invalidité inférieure à 40% n'ouvre pas le droit à une rente de l'assurance-invalidité (cf. art. 28 al.1 LAI [loi fédérale du 15 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20), elle nécessite, du point de vue de l'assurance-chômage, une réduction de gain assuré (cf. 3b

- 14 - et c supra), dès lors que le manque à gagner causé par le chômage se limite à 77% du gain assuré initial, soit 3'657 fr., les 23% restant étant dû à l'atteinte à la santé de l'assurée et la couverture de ce dernier risque ne relevant pas de l'assurance-chômage. Contrairement à ce que soutient la recourante, la capacité de travail de 100% retenue par l'OAI ne peut pas être prise en considération dans le calcul de son gain assuré auprès de l'assurance-chômage, dès lors qu'elle correspond au temps qu'elle est en mesure de consacrer à l'exercice de son activité lucrative, et non à sa capacité de gain. Or, le taux d'activité n'est pas déterminant s'agissant de l'art. 40b OACI. De même, le fait que l'assurée se soit inscrite au chômage comme demandeuse d'emploi à 100% ne change rien au fait que son gain assuré ne peut être calculé que sur les six ou douze derniers mois de cotisations, soit des salaires correspondant à sa dernière activité à 90%. C'est ensuite ce gain assuré, fondé sur des salaires à 90%, qui doit être réduit sur la base de l'art. 40b OACI. Au surplus, l'art. 15 al. 3 OACI invoqué par la recourante, régissant l'aptitude au placement des handicapés et la

coordination entre assureurs sociaux en cas de demande de prestations pendant auprès de l'assurance-invalidité, ne lui est d'aucun secours. En effet, d'une part, cette règle ne trouve application qu'aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur la question du droit aux prestations d'AI, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'autre part et surtout, le présent litige ne porte pas sur la question de l'aptitude au placement. c) 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. L'atteinte à la capacité de gain ne se reflétant pas (encore) dans le salaire ayant servi de base pour le calcul de son gain assuré initial (4'749 fr. par mois, soit le salaire contractuel de 4'364 fr. 10 treize fois l'an, additionné aux indemnités pour travail le dimanche et la nuit, à hauteur de 257 fr. 30 sur l'année, le tout divisé par douze), elle est intervenue immédiatement avant le chômage, au sens de l'art. 40b OACI.

- 15 - C'est dès lors de manière convaincante que l'intimée a réduit le gain assuré de 23% dès le 1er février 2015, pour tenir compte de la capacité de gain résiduelle de la recourante, de 77% (cf. consid. 3b et c supra). Cette manière de redéfinir le gain assuré a été maintes fois confirmée par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt TAF B-7970/2009, concernant, comme dans le cas d'espèce, un assuré qui, tout en ayant conservé une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée, avait été reconnu partiellement invalide (cf. consid. 3b supra). 5. a) Il s'ensuit que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. 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 n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA). Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 10 juillet 2015 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière :

- 16 - Du L'arrêt qui précède est notifié à : - Z. _____, - 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.