

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 février 2015

Composition : M. NEU, juge unique

Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

K. _____, à [...], recourante, représentée par Me Marcel Waser, avocat, à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 25 et 53 LPGA ; art. 23 et 95 LACI ; art. 40b OACI.

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), ressortissante kosovare née en 1965, a été engagée à plein temps dès juin 2006 en qualité d'employée de service hôtelier par les Etablissements A. _____.

Atteinte dans sa santé des suites de maladie, elle a été en incapacité de travail dès le 6 avril 2009 et a requis des prestations de l'assurance-invalidité (AI) auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI) par dépôt du formulaire ad hoc le 24 décembre 2009.

Considérant l'impossibilité de l'assurée de poursuivre son activité d'employée du service hôtelier, son employeur a résilié son contrat de travail par correspondance du 29 novembre 2010 avec effet au 28 février 2011.

Par décision du 3 décembre 2010, l'OAI a nié le droit de l'assurée à une rente AI du fait d'un degré d'invalidité de 22%, mis à jour après comparaison des revenus avec et sans invalidité compte tenu d'une capacité de travail de 100% dans une activité respectant ses limitations fonctionnelles.

B. L'assurée s'est annoncée aux organes de l'assurance-chômage le 24 janvier 2011 en s'inscrivant auprès de l'Office régional de placement [...] (ci-après : l'ORP) et en déposant une demande formelle d'indemnités auprès de l'agence [...] de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Elle a requis le versement desdites indemnités à partir _____ du 1^{er} mars 2011, affichant une disponibilité à l'emploi de 100% dès cette date.

C. En date du 11 février 2011, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE), a entrepris de vérifier l'aptitude au placement de l'assurée au vu de ses problèmes de santé, lui adressant un questionnaire remis en copie pour information à la Caisse.

L'assurée a confirmé, par correspondance du 26 février 2011, être disposée à exercer une activité lucrative adaptée à son état de santé au taux de 100%. Elle a annexé une attestation de son médecin généraliste _____ traitant, _____ la Dresse S. _____, daté du même jour, confirmant une incapacité de travail à 50% depuis août 2009 dans le poste habituel d'aide de cuisine, mais la possibilité de travailler à 100% dans « une activité en position assise n'impliquant pas de port de charges ».

A la requête du SDE, l'OAI lui a fait parvenir un tirage de sa décision de refus de rente du 3 décembre 2010, entrée en force.

Vu ces éléments, le SDE a confirmé le 2 mars 2011 l'aptitude au placement de l'assurée, tant à cette dernière qu'à la Caisse, précisant qu'il renonçait à l'établissement d'une décision administrative.

La Caisse a pour sa part réceptionné une copie de la décision de l'OAI du 3 décembre 2010 en date du 30 mars 2011. Elle a dans l'intervalle ouvert un délai-cadre d'indemnisation en faveur de l'assurée dès le 1^{er} mars 2011 et lui a alloué des indemnités journalières de 184 fr. 65, fondées sur un gain assuré mensuel de 5'009 fr. eu égard aux salaires perçus de septembre 2010 à février 2011.

E. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO), en sa qualité d'autorité de surveillance des organes de l'assurance-chômage, a procédé du 24 au 26 juillet 2012 à un contrôle des activités de la Caisse portant sur la période de juillet 2010 à juin 2012.

Il a communiqué son rapport le 12 septembre 2012, mettant notamment en évidence dans le dossier de l'assurée que le calcul du gain

assuré, fixé à 5'009 fr., était erroné du fait du degré d'invalidité de 22% retenu par l'OAI. Il a fait savoir à la Caisse que ce gain assuré devait être ramené à 3'907 fr., soit 78% de 5'009 fr., pour tenir compte de la « capacité résiduelle de travail restante de 78% », reconnue à l'assurée par l'OAI. Partant, l'indemnité journalière de l'assurance-chômage devait être réduite à 144 fr. 05, ce qui impliquait la restitution des montants servis à tort, soit 13'763 fr. 40 brut de mars 2011 à juin 2012.

La Caisse a donné suite à cette injonction par décision du 20 septembre 2012, où elle a procédé à la rectification du gain assuré pris en compte en faveur de l'assurée et mis à jour un montant net sujet à restitution de 12'417 fr. 20 pour la période de mars 2011 à juin 2012. Etaient précisés que l'effet suspensif d'une éventuelle opposition à la décision de restitution était retiré et que la compensation serait opérée sur les indemnités encore dues à l'assurée.

Le 27 septembre 2012, la Caisse a rendu une nouvelle décision constatant le terme au 24 septembre 2012 du droit de l'assurée à l'indemnité de chômage, consécutivement à la perception de 400 indemnités journalières.

Par écriture du 5 octobre 2012, l'assurée, représentée par son assurance de protection juridique, a sollicité un tirage de son dossier et contesté la compensation opérée par la Caisse sur les indemnités journalières dues en septembre 2012. Elle a argué de l'illégalité de cette compensation, puisque la décision de restitution du 20 septembre 2012 n'était pas encore entrée en force et que ladite compensation entamait son minimum vital.

Le 8 octobre 2012, la Caisse a indiqué maintenir la compensation effectuée sur la base « des circulaires et directives » du SECO, soulignant que l'assurée avait la possibilité de s'opposer à la

décision du 20 septembre 2012 et de requérir le rétablissement de l'effet suspensif préalablement retiré dans cet acte.

F. L'assurée, avec le soutien de son assurance de protection juridique, a déposé une opposition formelle contre la décision du 20 septembre 2012 en date du 22 octobre 2012. Elle a sollicité préalablement le rétablissement de l'effet suspensif et fait valoir que la compensation sur les indemnités journalières encore dues par la Caisse ne pouvait être effectuée avant l'entrée en force de la décision de restitution fondant ladite compensation, ajoutant que ce procédé entamait son minimum vital. Tout en rappelant que les directives administratives en vigueur sur cette question n'avaient pas force de loi, elle a sollicité le versement du montant de 2'046 fr.15 prélevé par compensation sur les indemnités journalières afférentes à septembre 2012, ce dans l'attente d'une décision définitive des suites de son opposition. Elle s'est par ailleurs prévalu de la prescription du droit de la Caisse de demander la restitution des montants réclamés, estimant que cette dernière avait agi au-delà du délai d'un an consacré par l'art. 25 LPGA en émettant sa décision de restitution le 20 septembre 2012, alors qu'elle se trouvait en possession de la décision du 3 décembre 2010 de l'OAI depuis le 29 mars 2011. Enfin, elle a mis en exergue la capacité de travail de 100% dans une activité adaptée, reconnue par l'OAI dans son cas, ainsi que par son médecin traitant, pour considérer que le gain assuré devait à son sens être déterminé sur la base d'un temps de travail complet. Le gain initialement fixé à 5'009 était donc de son point de vue correct, compte tenu d'une disponibilité à l'emploi de 100%. Elle a dès lors requis de nouveaux décomptes d'indemnités journalières pour les mois de juillet à septembre 2012 sous suite de versement des montants encore dus sur la base d'une indemnité journalière de 184 fr. 65. Elle a en définitive conclu à l'annulation de la décision de restitution du 20 septembre 2012.

Par décision sur opposition du 4 juin 2013, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Elle a préalablement refusé de rétablir l'effet suspensif retiré dans sa décision du 20 septembre 2012, estimant que l'assurée ne subissait aucun dommage irréparable, puisqu'elle n'avait opéré une compensation que sur les indemnités dues du 1^{er} au 24 septembre 2012, et se prévalant des directives administratives du SECO sur cette question. S'agissant précisément de la compensation dans son principe, elle s'est également appuyée sur lesdites directives pour mettre en exergue l'intérêt prépondérant de l'assurance-chômage à récupérer les montants indûment versés et pour rappeler que les organes de l'assurance-chômage n'avaient pas à se préoccuper du respect du minimum vital. Eu égard à la restitution des montants réclamés, elle a confirmé le bien-fondé de l'application de l'art. 40b OACI au cas d'espèce, entraînant la rectification du gain assuré du fait de la reconnaissance par l'OAI d'un taux d'invalidité de 22%. Compte tenu de cette correction, il apparaissait que l'assurée avait perçu la somme nette de 12'417 fr. 20 à tort, ce qui légitimait le prononcé de restitution corrélative. La Caisse a relevé que sa décision du 20 septembre 2012 était intervenue en temps utile, soit dans le délai d'un an consacré par l'art. 25 LPGA, étant donné que le contrôle du SECO, mettant à jour son erreur, avait été effectué en juillet 2012.

G. Représentée par Me Marcel Waser, l'assurée a déféré la décision sur opposition du 4 juin 2013 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par acte de recours du 5 juillet 2013, concluant à son annulation. Elle s'est prévaluée en premier lieu de la prescription de la décision de restitution du 20 septembre 2012. A ce sujet, elle a rappelé que la Caisse disposait de la décision de l'OAI du 3 décembre 2010 au plus tard dès le 29 mars 2011. Puisque sa décision de restitution était intervenue le 20 septembre 2012, elle se trouvait hors de l'intervalle d'un an imposé par l'art. 25 LPGA. En second lieu et à titre subsidiaire, l'assurée a exposé derechef que sa capacité de travail dans une activité adaptée se montait à 100%, ce qui devait impliquer la reconnaissance d'une disponibilité à l'emploi à ce taux et du gain assuré correspondant, sous suite du versement des indemnités journalières

calculées sur un gain assuré de 5'009 fr. pour les mois de juillet à septembre 2012. Elle a mis en exergue ses recherches intensives d'un emploi à plein temps, ainsi que le programme d'emploi temporaire mis en œuvre par l'ORP auprès de la Boutique P. _____ à temps complet. Elle s'est enfin prévaluée de sa bonne foi à l'égard des organes de l'assurance-chômage, s'étant investie dans sa réintégration et ayant fait preuve de toute transparence avec la Caisse, ainsi que de la précarité de sa situation financière.

L'intimée a répondu au recours le 23 août 2013, proposant son rejet et le maintien de sa décision sur opposition du 4 juin 2013. Rappelant la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 40b OACI (ATF 133 V 524), elle a persisté à considérer avoir à bon droit procédé à la rectification du gain assurée de la recourante, ce qui justifiait la restitution des montants réclamés. Elle a par ailleurs mis en exergue la jurisprudence fédérale traitant des erreurs de l'administration (ATF 124 V 80 et 110 V 304) pour justifier le départ du délai de prescription de l'art. 25 LPGA à la date du rapport de révision du SECO, soit en septembre 2012.

Par réplique du 17 septembre 2013, la recourante a persisté dans sa précédente détermination et confirmé ses conclusions. Elle a au surplus relevé que la jurisprudence citée par l'intimée faisait état de la non-applicabilité de l'art. 40b OACI « lorsque l'assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain de longue date, le gain assuré étant alors calculé sur la base du dernier salaire qui correspond à une capacité de gain résiduelle inchangée (TF 8C_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.3.1) », estimant correspondre à une telle constellation.

L'intimée a dupliqué le 7 octobre 2013, constatant qu'à son sens la jurisprudence citée par la recourante eu égard à l'art. 40b OACI n'était pas assimilable à son cas, puisque son gain assuré n'avait pas été calculé sur la base de son salaire diminué des indemnités journalières versées pour cause de maladie, mais bien sur son salaire mensuel

contractuel. Elle s'est référée au surplus à la teneur de la décision sur opposition entreprise.

Par correspondance du 8 novembre 2013, la recourante a annoncé renoncer à se déterminer plus avant et renvoyer à ses différentes écritures.

E n d r o i t :

1.

1.1 Conformément à l'art. 56 al. 1 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1), applicable en vertu de l'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 rendues par les autorités compétentes dans le domaine de l'assurance-chômage sont sujettes à recours auprès du tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA), compétent - en dérogation à l'art. 58 LPGA - selon les art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI (ordonnance fédérale 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).

1.2 Selon les art. 83b LOJV (loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01) et 93 let. a LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36), qui s'appliquent 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. La contestation portant sur une valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

1.3 Déposé en temps utile par l'assurée qui a qualité pour recourir (art. 59 LPGA), dans les formes prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA), le recours est recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2.

2.1 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 (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c et 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

2.2 In casu est litigieux le bien-fondé éventuel de la décision de restitution portant sur le montant de 12'417 fr. 20, établie par la Caisse le 20 septembre 2012 et confirmée sur opposition le 4 juin 2013.

Singulièrement, il s'impose de déterminer si l'intimée était légitimée à procéder à la rectification du gain assuré de la recourante en vertu de l'art. 40b OACI, ce que cette dernière conteste à titre subsidiaire.

Cas échéant, il conviendra d'examiner si la décision de restitution consécutive a été rendue en temps utile, conformément aux exigences de l'art. 25 al. 2 LPGA, alternativement si la recourante peut exciper de la prescription.

Par ailleurs, préalablement à cette dernière question, dans la mesure où la décision querellée confirme la compensation opérée par la

Caisse sur les indemnités de chômage dues du 1^{er} au 24 septembre 2012, il y aura lieu de se prononcer à cet égard.

3.

3.1 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'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.

L'art. 37 OACI précise que le gain assuré est calculé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Pour les périodes qui, selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI (notamment les périodes sous rapport de travail, mais sans droit au salaire en raison de maladie ou accident), sont prises en compte comme périodes de cotisation, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (art. 39 OACI).

3.2 En vertu de l'art. 40b OACI, est 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.

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 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 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 du SECO 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. 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). Enfin, la Haute Cour 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 liaison avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2).

Le Tribunal administratif fédéral a pour sa part confirmé que la reconnaissance d'une invalidité induit 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'avère décisif pour le calcul du gain assuré et de l'indemnité journalière à allouer à l'assuré, précisant que la Circulaire sur l'indemnité de chômage du SECO ne prêtait à aucune interprétation sur ce point. Le fait que l'assuré puisse effectuer une activité à plein temps ou qu'il recherche un emploi à 100% ne veut 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. L'impossibilité d'effectuer certains travaux induit la

réduction de cette capacité de travail, qui se répercute sur la capacité de gain. Constatant que le recourant concerné par la cause qui l'occupait présentait une invalidité de 36%, la Tribunal administratif fédéral a conclu qu'il convenait de réduire dans la même mesure le montant de son gain assuré (TAF B-7970/2009 du 17 juin 2010 consid. 7.2).

3.3 Le SECO a repris l'essentiel de la jurisprudence précitée dans ses directives, soit aux chiffres B256a à B256f, ainsi que C26 à C29 du Bulletin LACI IC, soulignant 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 :

Taux d'invalidité 40 %

Rente CHF 1000

Calcul de l'AC :

Capacité de travail

60%

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. »

3.4 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 256 n. 29 à 31 ad. art. 23 et les références citées : ATF 135 V 185 consid. 7.1 ; 132 V 57 in : DTA 2007 p. 128).

3.5 Cela étant, ainsi que le relève la recourante, le Tribunal fédéral a considéré que la correction du gain assuré au sens de l'art. 40b OACI était exclue, dans le cas où un assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans une telle hypothèse, 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 résiduelle inchangée (TF 8C_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.3.1 avec renvoi notamment à l'arrêt contenu in : TFA C 314/02 du 4 mars 2005 consid. 2.2.1) Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral des assurances avait examiné la situation d'un assuré qui avait bénéficié d'un reclassement professionnel de l'AI avant de s'inscrire une première fois au chômage et de reprendre diverses activités lucratives. L'assuré avait finalement sollicité une seconde fois des

prestations de l'assurance-chômage, après que son taux d'invalidité eut été fixé à 62% sur recours par le tribunal cantonal compétent.

4.

4.1 En l'espèce, la caisse a recalculé le gain assuré de la recourante pour prendre en considération le taux d'invalidité de 22% déterminé par l'OAI dans sa décision du 3 décembre 2010. Partant d'un gain assuré de 5'009 fr., la caisse a procédé à une réduction de 22% et arrêté le gain assuré déterminant à 3'907 fr., soit 78 de 5'009 francs.

La recourante ne conteste pas le montant de 5'009 fr. pris en considération comme gain assuré de référence, mais remet toutefois en question la réduction du gain assuré opérée par la Caisse, arguant du fait que l'OAI lui a reconnu une pleine capacité de travail dans une activité adaptée sans lui allouer quelconque rente, ce que corrobore d'ailleurs son médecin traitant dans l'attestation du 26 février 2011. Elle rappelle également ses nombreuses recherches d'emploi à temps complet et le suivi d'une mesure décidée par l'ORP à plein temps. Elle considère en conséquence que la Caisse doit à son tour retenir une aptitude au placement de 100% et maintenir son gain assuré à 5'009 francs.

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. Dès lors, cette disposition prévoit qu'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 sa vie ». 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. Cette

solution est confirmée par le chiffre B256a du Bulletin LACI IC, qui précise que, par « capacité de travail réduite », on entend l'invalidité constatée par l'office AI (cf. consid. 3.4 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, au sens entendu par l'art. 7 LPGA. Cette différence de terminologie découle du libellé même de l'art. 40b OACI dans chacune des trois langues (cf. consid. 3.1 et 3.2 supra).

4.2 Par ailleurs, la jurisprudence contenue dans les arrêts TF 8C_104/2011 du 2 décembre 2011, respectivement TFA C 314/02 du 4 mars 2005, n'est à l'évidence d'aucun secours à l'assurée. La constellation factuelle analysée par notre Haute Cour pour justifier la non-application de l'art. 40b OACI est en effet fort différente du cas d'espèce. Les arrêts en question font état du cas d'un assuré qui avait bénéficié d'un reclassement professionnel AI avant l'ouverture d'un premier délai-cadre d'indemnisation, puis exercé plusieurs activités lucratives avant de requérir une nouvelle fois des prestations de chômage. Il ne fait donc pas de doute que cette situation exceptionnelle n'est pas comparable à celle de l'assurée. Celle-ci n'ayant pas disposé de mesures professionnelles AI pour retrouver une activité adaptée à son état de santé, se trouve en revanche bien dans la cas de figure imposant l'application de l'art. 40b OACI, puisque son gain assuré a pu être calculé sur la base des derniers salaires immédiatement perçus avant le chômage, à savoir de septembre 2010 à février 2011.

Il s'ensuit que l'autorité intimée était incontestablement légitimée à réduire le gain assuré de la recourante conformément à l'art. 40b OACI pour tenir compte du taux d'invalidité ressortant de la décision de l'OAI du 3 décembre 2010, ce dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation dès le 1^{er} mars 2011.

En outre, le montant de 3'907 fr. retenu au titre de gain assuré doit être confirmé en tant qu'il représente effectivement 78% de 5'009 fr., ce dernier montant n'étant au demeurant à juste titre pas remis en question par la recourante.

5.

5.1 Selon l'art. 94 LACI, les restitutions et les prestations dues en vertu de cette loi peuvent être compensées les unes par les autres ainsi que par des restitutions et des rentes ou indemnités journalières dues au titre de l'AVS, de l'assurance-invalidité, de la prévoyance professionnelle, de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain de l'assurance-militaire, de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance-maladie, ainsi que des prestations complémentaires de l'AVS/AI et des allocations familiales légales (al. 1).

En droit des assurances sociales, la compensation, qui est un mode d'extinction de la dette, permet à l'assurance d'encaisser ce qui lui est dû sur ce qu'elle doit. Chaque fois qu'une caisse peut compenser, elle doit le faire (ATF 111 V 99 consid. 3b). La compensation est toujours liée à des prestations demandées en restitution et intervient en tant que mode de restitution (Boris Rubin, op. cit., n. 1 ad art. 94 LACI).

Lorsque l'assurance-chômage verse aux assurés des prestations indues, elle est en droit de compenser le montant qui doit être restitué avec un montant dû (exécution d'une restitution par compensation). L'extinction de la créance en restitution par voie de compensation ne peut intervenir qu'une fois qu'il a été statué définitivement sur la restitution et une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer. L'opposition et le recours formés contre une décision en matière de restitution ont un effet suspensif. Celui-ci fait alors obstacle à une exécution immédiate (DTA 1990 p. 13 consid. 1 ; TF 8C_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 3.2). Une compensation immédiate

ferait perdre à l'assuré la possibilité de contester la restitution et, le cas échéant, de demander la remise de l'obligation de restituer (DTA 1977 p.90). Une telle mesure est toutefois possible lorsque des prestations déjà versées sont remplacées par d'autres prestations, dues à un autre titre, et que la compensation entre ces prestations intervient conformément au principe de la concordance temporelle (Boris Rubin, op. cit., n. 4, 7 et 13 ad art. 94 LACI).

5.2 Les directives du SECO, dans leur teneur en vigueur dès avril 2008, indiquaient ce qui suit en lien avec l'art. 94 LACI, aux chiffres D3 à D6 de la Circulaire sur la restitution, la compensation, la remise et l'encaissement (Circulaire RCRE, avril 2008) :

« **D3**

Les restitutions et les prestations dues en vertu de la LACI peuvent être compensées les unes par les autres.

En substance, la caisse est autorisée à compenser les prestations indûment versées par celles futures auxquelles l'assuré a encore droit. Bien que, selon la loi, il s'agisse d'une possibilité, il y a lieu de retenir, par analogie à la jurisprudence relative à l'art.

20 LAVS, que l'art. 94, al. 1, LACI revêt un caractère impératif.

[...]

D4

La compensation avec les prestations dues à une personne assurée peut avoir lieu, selon la doctrine, aux conditions suivantes:

- une décision de restitution a été rendue et est entrée en force (cf. ATF 130 V 407) ;
- l'assuré n'a pas déposé de demande de remise ;
- l'assuré a encore droit à des indemnités au moment où la compensation est effectuée ;
- la compensation n'entame pas le minimum vital de l'assuré, établi selon les dispositions de la loi sur les poursuites et faillites (cf. art. 93 al. 1 LP; arrêt du TFA du 6.7.05, en la cause A., I 757/04).

D5

Toutefois, la situation de l'assurance-chômage est particulière en ce sens que le versement des indemnités s'effectue sur un laps de temps relativement bref. Pour que la compensation puisse encore être effectuée, il faut donc qu'elle puisse intervenir rapidement. Si l'on compte en outre l'intérêt supérieur de l'assurance-chômage à ne pas verser des prestations tout en sachant qu'elles devront être restituées (cf. l'absence d'effet suspensif dans les cas de sanctions selon l'art. 30 LACI), il se justifie d'entreprendre la compensation dès le prononcé de la décision de restitution.

La compensation perdure aussi longtemps que nécessaire pour recouvrer la somme due et n'est pas interrompue par la procédure d'opposition ou de recours, sauf si le tribunal en ordonne autrement. Si l'assuré obtient ultérieurement la remise de l'obligation de restituer, les sommes compensées lui sont reversées.

D6

De même, concernant le principe du respect du minimum vital, il y a lieu de constater que l'assurance-chômage n'a pas vocation d'assurer un revenu suffisant aux chômeurs, mais uniquement une compensation « convenable » de leur manque à gagner.

Comme cette compensation n'atteint souvent pas le minimum vital, il ne peut être exigé de l'assurance-chômage qu'elle le prenne en considération lorsqu'elle compense des prestations versées à tort. »

Dans sa version ultérieure, notamment celle valable à partir de janvier 2014, la Circulaire RCRE contient un ajout libellé en ces termes à son chiffre D5 :

« [...] Le TF ne s'est prononcé qu'une seule fois sur le sujet en niant l'intérêt à l'encaissement immédiat (ATF 8C_130/2008 du 11.7.2008). Toutefois, la position du TF étant en contradiction avec sa précédente jurisprudence, notamment concernant l'effet suspensif des sanctions, il y a pas lieu de modifier la pratique. Tout au plus, pour parer à toute objection, il suffit d'indiquer expressément dans la décision de restitution que l'effet suspensif est retiré (art. 54, al. 1, let. c, LPGA). »

5.3 S'agissant des directives administratives, l'on ajoutera que, sans se prononcer sur leur validité – ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles – le juge en contrôle librement la constitutionnalité et la légalité à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 118 V 129 consid. 3a ; 117 V 282 consid. 4c ; 116 V 16 consid. 3c ; 114 V 13 consid. 1c et 107 V 153 consid. 2b ; voir aussi ATF 117 Ib 225 consid. 4b).

5.4 Au vu de la doctrine et de la jurisprudence énoncées sous considérant 5.1 supra, l'on peut douter de la conformité à la loi des directives citées ci-dessus sous considérant 5.2, en particulier en ce qu'elles préconisent une compensation immédiate sans attendre l'entrée en force de la décision de restitution et sans examen du respect du minimum vital des assurés (cf. chiffre D5 de la Circulaire RCRE dans sa version valable dès 2014).

L'intimée a manifestement fait usage en l'espèce des chiffres D3 à D5 de la Circulaire RCRE, puisqu'il lui incombe de se conformer aux directives édictées par son autorité de surveillance. Il n'en demeure pas moins que la compensation opérée sur les indemnités afférentes à septembre 2012 est largement sujette à caution.

L'examen de cette question peut toutefois rester ouvert dans la mesure où le recours de l'assurée doit en l'occurrence être admis compte tenu de ce qui suit.

6.

6.1 L'art. 95 al. 1 LACI renvoie à l'art. 25 LPGA, lequel prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées; la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1 LPGA). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation; si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (art. 25 al. 2 LPGA).

L'art. 25 LPGA est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (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 (ATF 122 V 368 consid. 3 et 110 V 176 consid. 2a et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. notamment à propos de l'art. 95 LACI, Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG

und Arbeitslosenversicherung, in : RSAS 2003 p. 304 ss ; TFA C 11/05 du 16 août 2005 et les références citées).

6.2 La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA.

6.2.1 En vertu de l'art. 53 al. 1 LPGA, 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.

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 des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (TFA C 11/05 du 16 août 2005 précité consid. 3 ; ATF 126 V 23 consid. 4b et les références citées).

6.2.2 Aux termes de l'art. 53 al. 2 LPGA, 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.

L'art. 53 LPGA codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur : selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nulle doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (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 (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 (DTA 2000 n° 40 p. 208).

6.2.3 Ces dispositions sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid. 1.1 ; TF C 128/06 du 10 mai 2007 consid. 3).

6.3 Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (art. 25 al. 2, première phrase, LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 ; cf. pour l'ancien droit : ATF 124 V 380 consid. 1 ; 122 V 270 consid. 5a ; 119 V 431 consid. 3a et les arrêts cités).

Le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par l'administration, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 ; 122 V 270 consid. 5b/aa ; 119 V 431 consid. 3a et les arrêts cités). 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 (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2 ; 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 (TF 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 (ATF 124 V 380 consid. 2c).

7. En l'espèce, l'intimée a dans un premier temps eu connaissance de l'examen de l'aptitude au placement de l'assurée, diligenté par le SDE, dans le contexte des problèmes de santé rencontrés et annoncés par l'assurée au stade de sa demande d'indemnités de chômage. La Caisse en a dûment été avisée de cet examen par communication du SDE du 11 février 2011.

Dans un second temps, l'intimée a été informée du résultat de l'analyse du SDE en recevant la confirmation de ce dernier, datée du 2 mars 2011, quant à l'aptitude effective au placement de la recourante.

Enfin, la Caisse a réceptionné un tirage de la décision de l'OAI du 3 décembre 2010 en date du 29, respectivement 20 mars 2011, ainsi qu'elle le concède d'ailleurs elle-même dans la décision sur opposition entreprise.

L'intimée se trouvait dès lors au plus tard dès le 30 mars 2011 en mesure de constater que les bases d'indemnisation de la recourante étaient erronées et aurait été susceptible de rectifier le gain assuré, ainsi que de fixer dans son principe et son étendue l'éventuelle restitution découlant de cette correction. Singulièrement, elle aurait pu indemniser immédiatement l'assurée sur des bases correctes sans verser à tort quelconque prestation, vu que son premier décompte - erroné - date précisément du 30 mars 2011 (cf. dossier produit par la Caisse).

Partant, contrairement à ce que la Caisse argumente, elle n'a pas commis une erreur subséquente à la réception des informations pertinentes, mais n'a tout simplement pas réagi de la manière qui eût pourtant été exigible dans ces circonstances. Il apparaît en effet qu'une

vérification des bases de calcul du gain assuré de la recourante s'imposait après avoir pris connaissance de la décision de l'OAI du 3 décembre 2010.

Dès lors, la jurisprudence invoquée par l'intimée, selon laquelle le délai de l'art. 25 al. 2 LPGA ne commencerait à courir que le 12 septembre 2012 - date du rapport de révision du SECO - ne saurait trouver application. Il y a au contraire lieu de considérer que le délai en question a commencé à courir au plus tard à partir du 30 mars 2011.

En conséquence, force est de déduire que la décision de restitution du 20 septembre 2012 est intervenue au-delà du délai d'un an consacré par l'art. 25 al. 2 LPGA, l'échéance dudit délai pouvant être fixée au 30 mars 2012.

La créance de l'intimée, quoique bien fondée dans son principe, est ainsi à l'évidence prescrite.

8. Le constat ci-dessus entraîne l'admission du recours et l'annulation de la décision sur opposition du 4 juin 2013. La cause est au surplus renvoyée en tant que de besoin à l'intimée pour versement des indemnités de chômage afférentes à septembre 2012, sur la base d'un gain assuré de 3'907 fr., étant rappelé que les indemnités de juillet et août 2012 ont bien été allouées sur cette base corrigée selon les décomptes corrélatifs, établis par la Caisse le 29 août 2012 (cf. dossier de l'intimée).

8.1 Il n'y a au surplus pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

8.2 Obtenant gain de cause, la recourante, assisté d'un mandataire professionnel, a par ailleurs droit à des dépens, fixés d'après l'importance et la complexité du litige, soit in casu à 1'500 francs (art. 61 let. g LPGA, 55 al. 1 LPA-VD et 7 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2]).

**Par ces motifs,
le juge unique**

prononce :

- I. Le recours est admis.
- II. La décision sur opposition, rendue le 4 juin 2013 par la Caisse cantonale de chômage, est annulée, la cause lui étant au surplus renvoyée pour versement des indemnités de chômage afférentes au mois de septembre 2012 sur la base du gain assuré réduit conformément à l'art. 40b OACI.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV. La Caisse cantonale de chômage versera à la recourante une indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Marcel Waser, à Lausanne (pour K. _____),
- Caisse cantonale de chômage, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne.

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 :