

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 août 2019

Composition : Mme DURUSSEL, juge unique
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

B._____, à [...], recourante, représentée par Me Alessandro Brenci,
avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

**Art. 25 al. 1 et 53 al. 1 LPGA ; 18 al. 1, 23 al. 1, 94 al. 1 et 95 al. 1
- al. 1bis LACI ; 6a al. 1, 37 al. 1 - 2 et 40b OACI**

E n f a i t :

A. a) Le 19 février 2017, atteinte dans sa santé, B._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) avait signé une demande de prestations de l'assurance-invalidité pour adultes (mesures professionnelles / rente) déposée le lendemain. Par projet de décision du 30 janvier 2018, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI) a fait part à l'intéressée de son intention de lui reconnaître le droit à une rente entière, du 1^{er} août 2017 au 31 janvier 2018. Selon ses constatations, à la fin du délai légal d'attente, soit le 8 août 2017, l'assurée présentait une totale incapacité de travail et de gain dans toute activité. L'empêchement sur la part active était de 100 % et le degré d'invalidité y relatif de 80 %, de sorte que l'OAI n'avait pas procédé à l'évaluation des empêchements dans l'accomplissement des tâches ménagères. Dès le 3 octobre 2017, l'assurée avait présenté une pleine capacité de travail dans toute activité ; en l'absence de préjudice économique, le droit à la rente n'était plus ouvert et son versement cessait le 31 janvier 2018 conformément à l'art. 88a al. 1 RAI (règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.201). Ce projet de décision n'a pas été contesté.

Le 18 avril 2018, l'OAI a informé l'assurée de la clôture de sa demande de rente compte tenu de l'absence de fourniture des documents réclamés (cf. courrier recommandé du 20 mars 2018 du Service des rentes de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS).

Le 8 octobre 2018, après la reprise de l'instruction du cas, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, Service des rentes, a informé la caisse de chômage de sa décision d'allouer une pension d'invalidité à l'assurée d'un montant de 12'180 fr. (6 x 2'030 fr.) pour la période d'août 2017 à janvier 2018.

b) L'assurée, née en [...], sans enfants, s'est annoncée en tant que demandeuse d'emploi à 80 % auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...], le 18 juillet 2017. Revendiquant les prestations

du chômage, elle est au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation ouvert auprès de la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci-après : l'agence), courant du 1^{er} novembre 2017 au 31 octobre 2019. Son gain assuré mensuel est de 6'980 fr., indemnisé à 70 %.

aa) Par décision du 8 octobre 2018, l'agence, a informé l'assurée qu'elle se compensait à hauteur de 5'079 fr. 65 sur des prestations rétroactives octroyées par l'assurance-invalidité. Ses constatations étaient les suivantes :

“En date du 8 octobre 2018, l'institution susmentionnée [l'assurance-invalidité] nous communique qu'elle vous a octroyé une rente partielle de août 2017 à janvier 2018 avec un degré d'invalidité de 80%.

Durant cette période, soit du 1^{er} novembre 2017 au 31 janvier 2018, notre caisse vous a alloué des prestations de chômage pour un montant net de CHF 10'952.50.

Compte tenu de votre capacité résiduelle de travail de 20%, votre droit à l'indemnité de chômage pour la période susmentionnée, s'élève à CHF 0 net car vous étiez inscrite au chômage pour un taux de recherche d'emploi de 80% et votre droit au chômage a été calculé sur une activité à 80%.

Conformément aux dispositions susmentionnées [art. 25 LPGA, 94 et 95 LACI], notre caisse doit récupérer auprès de l'assurance-invalidité les prestations versées en trop jusqu'à concurrence du montant alloué par celle-ci pour la période concernée, soit CHF 5'079.65. Le montant de cette compensation nous sera versé directement par l'assurance précitée.

Le montant de CHF 5'872.85 pourra faire l'objet d'une nouvelle compensation avec d'autres assurances sociales, dans le cas d'octroi de prestations complémentaires par l'une de ces dernières pour la même période. Ce montant correspond à la différence entre les indemnités de chômage initialement versées, soit 10'952.50 et votre nouveau droit aux prestations de l'assurance-chômage, soit 0, après déduction de la compensation faisant l'objet de la présente décision, à savoir CHF 5'079.65.”

Le 17 octobre 2018, l'assurée s'est opposée à cette décision auprès de la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), en demandant son annulation. En substance, elle a expliqué que malgré sa demande d'une rente AI, son état de santé s'était amélioré depuis le mois de juin 2017 avec une reprise d'activité possible à 80 % dès le 1^{er} novembre 2017, raison pour laquelle elle s'était inscrite au

chômage puis avait perçu les indemnités journalières de cette assurance sociale dès cette date. Ce faisant, elle a contesté la réduction à néant de son droit aux prestations de l'assurance-chômage durant la période indemnisée de novembre 2017 à janvier 2018, respectivement la demande de compensation de la caisse de la somme de 5'079 fr. 65 au titre de restitution AVS/AI pour la même période.

Par décision sur opposition du 26 février 2019, la caisse a confirmé la restitution par voie de compensation du montant de 5'079 fr. 65 avec le paiement rétroactif de l'assurance-invalidité décidée le 8 octobre 2018.

bb) En parallèle, par décision du 15 octobre 2018, l'agence a demandé en restitution la somme de 2'074 fr. 35 versée à tort pour le mois de septembre 2018. Selon ses constatations, l'assurée avait été indemnisée pour le mois de septembre 2018 sur la base des informations mentionnées sur la formule « Indications de la personne assurée » (IPA) complétée le 24 septembre 2018 (pièce 271). Or à réception le 15 octobre 2018 d'une attestation de gain intermédiaire du 12 octobre 2018 (pièce 212), il s'était avéré que contrairement à ce qu'elle avait indiqué dans son IPA, l'assurée avait travaillé un jour de plus, soit le 27 septembre 2018. Il s'agissait dès lors de déduire le gain intermédiaire en question. En outre, il convenait de reporter sur les indemnités de septembre 2018 le délai d'attente de dix jours (art. 18 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]) ; à la suite de la correction faite concernant la rente AI, le délai d'attente n'avait pas pu être retenu au début de l'indemnisation en novembre 2017 (Décompte intitulé « Demande de restitution » septembre 2018 du 16 octobre 2018 [pièce 217]).

Le 22 octobre 2018, l'assurée s'est opposée à cette seconde décision en demandant son annulation par la caisse. En substance, elle a expliqué que la demande de restitution d'indemnités versées à tort durant le mois de septembre 2018, consécutive à une correction des décomptes de novembre 2017 à janvier 2018, ne se justifiait pas dès lors qu'elle avait formé opposition le 17 octobre 2018 à la décision du 8 octobre 2018.

Par décision sur opposition du 27 février 2019, la caisse a confirmé la restitution des indemnités versées à tort durant le mois de septembre 2018 à concurrence du montant de 2'074 fr. 35.

B. **a)** B._____, représentée par Me Alessandro Brenci, a déféré la décision sur opposition du 26 février 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, par acte du 28 mars 2019, en concluant à sa réforme en ce sens qu'elle n'est pas soumise à une compensation pour un montant de 5'079 fr. 65 en faveur de la Caisse cantonale de chômage. Subsidiairement, elle a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, pour nouvelle décision dans le sens des considérants ; plus subsidiairement encore, au renvoi de la cause à l'intimée pour instruction complémentaire. Déplorant une constatation inexacte des faits, elle fait d'abord grief à l'intimée de s'être livrée à une application erronée du droit dans son cas, en tenant compte d'un gain assuré nul de novembre 2017 à janvier 2018 ensuite du projet de décision de l'OAI constatant une incapacité de travail et de gain totale et lui reproche de se fonder sur un projet de décision, sans qu'une décision formelle n'ait été rendue par l'OAI. Elle dénonce ensuite un « imbroglio administratif avec la Caisse cantonale de compensation AVS » ayant impacté le dossier de l'assurance-chômage, avec la précision qu'elle n'a pas perçu de prestations de ladite caisse de compensation s'agissant de la période allant d'août 2017 à janvier 2018. Elle requiert, à titre de mesures d'instruction, la production des dossiers en mains de la Caisse cantonale de compensation AVS, respectivement de l'OAI. Elle demande également la restitution de l'effet suspensif à son recours et la jonction de la cause avec le recours formé contre la décision sur opposition du 27 février 2019 ainsi qu'un bref délai pour déposer le formulaire idoine et les pièces justificatives en lien avec une requête d'assistance judiciaire, demande d'assistance qu'elle retirera finalement le 30 avril 2019.

Le 1^{er} juillet 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours. Le 15 août 2019, en réplique, la recourante a maintenu ses conclusions.

Le greffe de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a ouvert une procédure de recours sous le numéro de cause ACH 56/19.

b) Par acte du 28 mars 2019, B._____, agissant par son avocat Me Brenci, a déféré la décision sur opposition du 27 février 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à sa réforme en ce sens qu'elle n'est pas astreinte au remboursement d'un montant de 2'074 fr. 35 en faveur de la Caisse cantonale de chômage. Subsidiairement, elle a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, pour nouvelle décision dans le sens des considérants ; plus subsidiairement encore, au renvoi de la cause à l'intimée pour instruction complémentaire. Elle invoque sa bonne foi s'agissant de la remise de la formule IPA le 24 septembre 2018, soit avant les heures de travail effectuées le 27 septembre 2018. Elle conteste en outre être tenue de restituer des indemnités versées en raison du report du délai d'attente de dix jours en septembre 2018 après la décision de révision du décompte de novembre 2017 rendue à connaissance du projet de décision de l'OAI. Pour le reste, elle fait valoir un « imbroglio administratif avec la Caisse cantonale de compensation AVS » ayant impacté le dossier de l'assurance-chômage, répétant qu'elle n'a pas perçu de prestations de ladite caisse de compensation pour la période d'août 2017 à janvier 2018. Elle requiert en outre des mesures d'instruction, l'effet suspensif et l'assistance judiciaire, soit des réquisitions identiques à celles formulées à l'appui de son recours interjeté dans la cause ACH 56/19 dont elle demande la jonction avec la présente affaire.

Le greffe de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a ouvert une procédure de recours sous le numéro de cause ACH 57/19.

C. Le 17 avril 2019, la juge en charge de l'instruction a joint les causes ACH 57/19 et ACH 56/19.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposés en temps utiles auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), les deux recours sont recevables.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., les causes jointes ACH 56/19 et ACH 57/19 sont de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. En l'espèce, le litige porte sur deux recours. Il y a lieu de traiter le recours interjeté dans la cause ACH 56/19 en premier puis celui de l'affaire ACH 57/19, lequel dépend en partie du sort réservé au premier.

Ainsi, le litige porte d'abord sur la question de savoir si l'intimée était légitimée à réduire le gain assuré de la recourante à néant du 1^{er} novembre 2017 au 31 janvier 2018, ensuite du projet de décision de l'OAI retenant une incapacité de travail et de gain totale, puis à compenser les montants indiqués. Ensuite, il convient d'examiner si le délai d'attente de l'art. 18 LACI pouvait être reporté en septembre 2018, puis si l'intimée était fondée à requérir la restitution des indemnités versées pendant ce délai d'attente et des indemnités versées alors que la

recourante avait perçu un gain intermédiaire qu'elle a annoncé le mois suivant.

3. Il faut d'abord déterminer si l'intimée était fondée à procéder à la révision des prestations accordées de novembre 2017 à janvier 2018 en se fondant sur l'incapacité de gain constatée dans le projet de décision de l'assurance-invalidité du 30 janvier 2018, puis à en réclamer la part indûment versée par la voie de la compensation.

a) 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. Le gain assuré est calculé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (art. 37 al. 2 OACI).

Est par contre déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail 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).

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 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).

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 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, Zurich 2014, n^{os} 29 à 31 *ad* art. 23 p. 256 et les références citées : ATF 135 V 185 consid. 7.1, 132 V 357 = DTA 2007 p. 128).

L'art. 40b OACI ne s'applique pas lorsque l'assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans ce cas, le gain assuré est calculé sur la base du dernier salaire qui correspond à la capacité de gain résiduelle inchangée (TF 8C_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.3.1).

Dans certaines circonstances l'adaptation du gain assuré en application de l'art. 40b OACI peut déjà intervenir sur la base d'une décision non encore entrée en force (cf. ATF 142 V 380 consid. 5.2.2 ; TF 8C_919/2015 du 21 juillet 2016 consid. 5.2.2). Aussi, le projet de décision de l'AI constitue une base suffisante pour adapter le gain assuré lorsque

ce projet n'a pas fait l'objet de contestation et qu'il reconnaît à l'assuré une incapacité totale (ATF 142 V 380 consid. 5.3 ; TF 8C_919/2015 du 21 juillet 2016 consid. 5.2).

Le bulletin LACI/IC du SECO a repris les principes jurisprudentiels aux chiffres C26 et suivants. Selon le chiffre 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. La correction du gain assuré intervient dès le préavis de l'AI (TF 8C_53/2014 du 26 août 2014 consid. 4.2).

b) En l'espèce, la recourante s'est inscrite au chômage le 18 juillet 2017 et le délai-cadre d'indemnisation a été ouvert dès le 1^{er} novembre 2017. Pendant le délai-cadre d'indemnisation, soit le 30 janvier 2018, l'OAI a rendu un projet de décision déclarant la recourante totalement invalide rétroactivement au 1^{er} août 2017. En application de l'art. 40b OACI, son gain assuré doit donc être corrigé proportionnellement à sa capacité de travail résiduelle, qui en l'occurrence était nulle peu avant le chômage.

L'intimée pouvait se fonder sur l'incapacité de gain constatée dans le projet de décision de l'assurance-invalidité dès lors que ce projet n'a pas fait l'objet de contestation et qu'il reconnaît à l'assurée une incapacité totale peu avant le chômage (ATF 142 V 380 *loc. cit.* ; TF 8C_919/2015 du 21 juillet 2016 *loc. cit.*). La recourante peut d'ailleurs encore requérir la fixation du montant de la rente, le principe de son allocation n'étant pas remis en cause. La compensation ne sera de toute façon effective que lorsque la rente AI lui sera versée rétroactivement.

La particularité du cas présent réside dans le fait que l'OAI a constaté que la recourante avait recouvré sa pleine capacité de travail dès le 3 octobre 2017 mais, en application de l'art. 88a RAI, a maintenu la rente trois mois après la fin de l'incapacité de travail. Ainsi, la caisse

intimée a versé des prestations pendant une période durant laquelle la recourante avait récupéré sa capacité de travail entière mais bénéficiait encore d'une rente AI. Aux yeux de l'assurance-chômage, seule la capacité de gain est déterminante pour le calcul du gain assuré au sens de l'art 40b OACI. La capacité de travail, définissant le temps que l'assuré est en mesure de consacrer à l'exercice de son activité lucrative, n'est à cet égard pas relevant. L'art. 88a RAI fixe le moment déterminant pour la suppression des prestations en cas d'amélioration de l'état de santé, laquelle doit être durable ; le droit aux prestations de l'assuré est conservé pendant cette période. Dès lors que la recourante était toujours au bénéfice d'une rente en raison d'une incapacité de gain constatée par l'OAI au moment du chômage, il y a lieu de considérer que l'art. 40b OACI était toujours applicable, quand bien même l'OAI avait constaté que la recourante avait récupéré sa capacité de travail dès le 3 octobre 2017. Cette solution permet d'empêcher le risque de surindemnisation pendant le délai de l'art. 88a RAI et de maintenir la délimitation de compétence des deux assurances en cause, ce qui est le but de l'art. 40b OACI.

La décision de tenir compte d'un gain assuré nul de novembre 2017 à janvier 2018 est donc justifiée.

c) A ce stade, il y a lieu d'examiner si l'intimée pouvait requérir la restitution des montants en cause par voie de compensation.

aa) Les prestations indûment touchées doivent être restituées (cf. art. 25 al. 1 LPGA en lien avec l'art. 95 al. 1 LACI). L'assuré qui a touché des indemnités de chômage et perçoit ensuite, pour la même période, une rente ou des indemnités journalières d'une autre assurance sociale, dont notamment l'assurance-invalidité et la prévoyance professionnelle, est tenu de rembourser les indemnités journalières versées par l'assurance-chômage au cours de cette période. En dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, la somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par ces institutions (art. 95 al. 1bis LACI). En cas de versement rétroactif de prestations des assurances

sociales précitées, la restitution s'opère par compensation, au sens de l'art. 94 al. 1 LACI.

Une prestation accordée sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peut être répétée que lorsque les conditions d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) sont réalisées (ATF 138 V 426 consid. 5.2.1, 110 V 176 consid. 2a ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle, mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA (cf. BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 16 *ad* art. 95 p. 612 et les références citées).

Indépendamment des montants en cause, une décision entrée en force formelle est soumise à révision lorsque l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuves qui ne pouvaient être produits auparavant. Ainsi, l'attribution d'une rente rétroactive d'invalidité constitue un fait nouveau important que la caisse de chômage n'est pas censée connaître et qui justifie une révision de la décision de versement des prestations (cf. BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 18 *ad* art. 95 p. 613).

bb) En l'occurrence, après avoir été indemnisée par l'assurance-chômage dès le 1^{er} novembre 2017, la recourante a été rétroactivement mise au bénéfice d'une rente d'invalidité entière, selon projet de décision de l'OAI du 30 janvier 2018. Cet élément constituant manifestement un fait nouveau au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, l'intimée était fondée à procéder à la révision des prestations accordées de novembre 2017 à janvier 2018 et à en réclamer la part indûment versée par la voie de la compensation.

4. Dans le cadre de l'affaire initialement enregistrée sous la cause ACH 57/19, il convient d'examiner si, après le report sur les indemnités de septembre 2018 du délai d'attente de dix jours qui n'a pas

été retenu au début de l'indemnisation en novembre 2017 en raison de la correction faite concernant la rente AI, l'intimée était fondée à requérir la restitution des indemnités versées pendant ledit délai d'attente.

a) S'agissant du délai d'attente, l'art. 18 al. 1 LACI dispose que le droit à l'indemnité commence à courir après un délai d'attente de cinq jours de chômage contrôlé. Pour les personnes qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de vingt-cinq ans, le délai d'attente s'étend à dix jours pour un gain assuré compris entre 60'001 et 90'000 francs, à quinze jours pour un gain assuré compris entre 90'001 et 125'000 francs et à vingt jours pour un gain assuré supérieur à 125'000 francs.

Selon l'art. 6a al. 1 OACI, ce délai ne doit être observé qu'une seule fois durant le délai-cadre d'indemnisation ; ne peuvent compter comme délai d'attente que les jours pour lesquels l'assuré remplit les conditions donnant droit à l'indemnité au sens de l'art. 8 al. 1 LACI.

Le délai d'attente général n'est pas comme tel une condition du droit à l'indemnité, mais il retarde simplement la naissance de ce dernier. Il revêt avant tout un caractère de « franchise » supplémentaire, l'idée étant que l'on peut attendre d'un assuré qu'il prenne à sa charge une part financière minimale de la prévoyance chômage. Dès lors, il est conforme au but et au sens de l'art. 18 al. 1 LACI que les jours de chômage contrôlés, qui constituent le délai d'attente général puissent être portés en déduction des indemnités de n'importe quel décompte mensuel durant le délai-cadre d'indemnisation (TF C 251/06 du 22 novembre 2007 consid. 3 et références).

Le délai d'attente doit être amorti effectivement, en ce sens qu'un jour d'attente doit correspondre à une indemnité journalière, et non à un jour contrôlé. A défaut, les assurés réalisant un gain intermédiaire pendant les jours pris sur le délai d'attente seraient privilégiés par rapport à ceux n'en réalisant pas, lesquels se verraient contrairement aux

premiers, privés d'une pleine indemnité journalière (TF 8C_631/2008 du 9 mars 2009 consid. 3.2 et les références).

b) En l'espèce, la recourante est soumise au délai d'attente de dix jours en application de l'art. 18 al. 1 LACI. Le décompte du mois de novembre 2017 qui tenait compte de ce délai initialement ayant finalement été révisé comme on l'a vu plus haut, il y a lieu de reporter ce délai sur des indemnités journalières. L'art. 6a OACI précise en effet que ne peuvent compter comme délai d'attente que les jours pour lesquels l'assuré remplit les conditions donnant droit à l'indemnité. L'intimée était donc fondée à reporter ce délai en septembre 2018, après avoir pris connaissance du projet de décision de l'OAI et avoir rendu une décision modifiant le décompte de novembre 2017. La déduction portée sur des jours indemnisés, qui ne correspondent pas à des jours lors desquels un gain intermédiaire a été réalisé, doit également être approuvée.

5. Il convient encore d'examiner si, après avoir reçu le 15 octobre 2018 une attestation de gain intermédiaire du 12 octobre 2018 dont il est ressorti que l'assurée avait travaillé un jour de plus, soit le 27 septembre 2018, en comparaison de ce qu'elle avait annoncé dans son IPA complétée le 24 septembre 2018, l'intimée était fondée à requérir la restitution des indemnités versées en septembre 2018 alors qu'un gain intermédiaire devait être déduit.

a) Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de sa perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 LACI). La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 première phrase LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233).

b) En l'espèce, la recourante ne conteste pas tant le principe de la prise en compte du gain intermédiaire, ni son montant, mais le principe de la restitution en invoquant sa bonne foi.

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

Aux termes de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2).

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 (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Cette disposition codifie ainsi la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur. Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nulle doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 23 consid. 4b).

La jurisprudence n'a pas fixé de valeur limite s'agissant de l'importance notable de la rectification. Il convient de se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas particulier et notamment sur le laps

de temps qui s'est écoulé depuis le moment où des prestations indues ont été allouées (ATF 107 V 180 consid. 2b).

En vertu de l'art. 25 al. 2 première phrase LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 140 V 521 consid. 2.1).

Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire : s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours. En revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas de remboursement, il doit présenter une demande de remise au sens des art. 3 à 5 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11). L'art. 4 al. 4 OPGA prévoit que la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution.

d) La recourante invoque sa bonne foi car elle a déposé son formulaire le 24 septembre 2018, soit avant les heures de travail effectuées le 27 septembre. Or, la possibilité d'exiger la restitution des prestations indûment versées est indépendante du motif pour lequel elles ont été versées à tort (BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 10 ad art. 95 p. 611). Pour qu'une restitution se justifie, il importe que des prestations aient été versées indûment c'est-à-dire sur la base d'une constatation erronée des faits déterminants et/ou en violation des normes juridiques applicables, ce qui est le cas en l'espèce puisque le gain intermédiaire aurait dû être pris en compte dans le calcul des indemnités de septembre 2018. Or la caisse intimée n'a pu se rendre compte que le montant des indemnités

journalières versées à l'assurée était erroné que le 15 octobre 2018, à réception d'une attestation de gain intermédiaire du 12 octobre 2018, sans que sa créance ne soit périmée dès lors qu'elle a exigé la restitution du montant versé à tort le jour même. La condition de l'importance notable est également réalisée, eu égard au montant soumis à restitution. Les conditions d'une reconsidération sont dès lors réunies. Enfin, demeurent en revanche ouvertes la condition de la bonne foi de la recourante, de même que celle de sa situation financière, qui devront, le cas échéant, être examinées à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1, deuxième phrase, LPGA et 4 OPGA (applicables par renvoi de l'art. 95 LACI). La recourante ne peut dès lors pas invoquer sa bonne foi à ce stade (mais uniquement au stade de la demande de remise ; BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 20 *ad art.* 95 p. 614). La demande de restitution est en l'espèce justifiée.

6. La production des dossiers de la Caisse cantonale de compensation AVS, respectivement de l'OAI, ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent, de sorte que les réquisitions dans ce sens doivent être rejetées (appréciation anticipée des preuves : cf. ATF 144 II 427 consid. 3.1.3, 140 I 285 consid. 6.3.1, 130 II 425 consid. 2.1, 122 II 464 consid. 4a, 122 III 219 consid. 3c, 120 Ib 224 consid. 2b, et 119 V 335 consid. 3c avec la référence).

Dans la mesure où, dans ses deux décisions, l'autorité intimée n'a pas fait usage de la faculté de retirer l'effet suspensif à d'éventuels recours, les requêtes tendant à la restitution de l'effet suspensif sont sans objet.

7. En définitive, les recours, mal fondés, doivent être rejetés et les deux décisions attaquées confirmées.

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
prononce :**

- I. Les recours sont rejetés.

- II. Les décisions sur opposition rendues les 26 et 27 février 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, sont confirmées.

- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Alessandro Brenici (pour B. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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).

Le greffier :