

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 12 septembre 2024

---

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente  
Mmes Pasche et Berberat, juges  
Greffière : Mme Neurohr

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**N.**\_\_\_\_\_, à [...], recourante, représentée par Me Jana Burysek, avocate à Lausanne,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 23 LACI ; art. 40b OACI.**

## **E n f a i t :**

**A.** N.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], est titulaire d'un brevet fédéral d'entraîneur de sport de performance. De 1998 à 2014, elle a travaillé en tant qu'entraîneuse de [...]. A partir du 4 décembre 2014, elle a été totalement incapable de travailler.

Le 17 juin 2015, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI) en raison de douleurs à l'épaule gauche. A la suite d'une chute, elle présentait des douleurs aux deux épaules.

Ses contrats avec l'Association P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_ ont pris fin respectivement le 31 janvier 2016 et le 31 août 2016. A partir du 1<sup>er</sup> septembre 2016, elle a commencé à travailler à 50 % pour T.\_\_\_\_\_. Son médecin, le Dr [...], spécialiste en médecine interne générale, a attesté une capacité de travail de 40 % dans sa profession dans un rapport du 12 février 2017.

L'assurée s'est inscrite à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) en qualité de demandeuse d'emploi et a sollicité l'octroi de prestations de l'assurance-chômage. La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a ouvert un délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> février 2017 au 31 janvier 2019 et arrêté le gain assuré à 6'754 fr. sur la base de l'activité d'entraîneuse de [...] de l'assurée.

Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2017, l'assurée a commencé à travailler pour la Fédération W.\_\_\_\_\_ en qualité d'entraîneuse.

L'assurée s'est réinscrite au chômage. La Caisse lui a ouvert un nouveau délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> mars 2019 au 30 novembre 2021 et arrêté le montant de son gain assuré à 2'614 fr. sur la base d'un taux d'occupation d'environ 43 %.

Durant ce délai-cadre d'indemnisation, l'assurée a continué à travailler pour des fédérations de [...]. Ses revenus ont été pris en considération à titre de gains intermédiaires.

En parallèle, entre 2019 et 2022, l'assurée a bénéficié de mesures professionnelles de la part de l'OAI, notamment la prise en charge du certificat d'aide-comptable et un stage en entreprise du 1<sup>er</sup> août 2021 au 28 février 2022. Au terme de ces mesures, elle a été considérée comme reclassée en qualité d'aide-comptable.

Le 22 février 2022, peu de temps avant la fin de son stage en entreprise, l'assurée s'est à nouveau inscrite en tant que demandeuse d'emploi à 100 % auprès de l'ORP, sollicitant le versement de prestations dès le 1<sup>er</sup> mars 2022. La Caisse a ouvert un nouveau délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> mars 2022 au 29 février 2024 et arrêté le gain assuré à 6'863 fr. sur la base des indemnités journalières versées par l'OAI notamment du 4 mai 2020 au 28 février 2022.

Durant ce délai-cadre d'indemnisation, l'assurée a travaillé en tant que professeur de sport sur appel, déclarant ses activités à titre de gains intermédiaires.

Le 17 janvier 2023, l'OAI a rendu un projet de décision aux termes duquel il a informé l'assurée de son intention de lui accorder une rente entière d'invalidité du 1<sup>er</sup> décembre 2015 au 31 mai 2017, le droit à la rente étant supprimé à partir du 1<sup>er</sup> juin 2017 en raison d'un degré d'invalidité de 31 % insuffisant pour maintenir un droit à une rente. L'OAI a retenu que l'assurée était incapable de travailler dans son activité habituelle depuis décembre 2014 mais disposait d'une capacité de travail de 40 % dans une activité adaptée depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2016 et de 100 % dès le 1<sup>er</sup> mars 2017. Procédant à la comparaison du revenu sans invalidité (71'385 fr. 80) et avec invalidité (20'740 fr. 83 pour une activité à 40 % ; 49'319 fr. 51 pour une activité à plein temps), le degré d'invalidité était de 71 %, respectivement 31 %. Ce dernier ouvrait le droit à des mesures professionnelles, si bien que diverses mesures avaient été

octroyées entre 2019 et 2022, avec le versement d'indemnités journalières. Au terme des mesures, l'assurée pouvait prétendre à un salaire de 78'337 fr. 30 en tant qu'aide-comptable. Le revenu avec atteinte à la santé était par conséquent équivalent au revenu sans invalidité, de sorte que l'assurée était considérée comme reclassée à satisfaction.

Par décision du 3 mars 2023, la Caisse a réduit l'indemnité journalière de l'assurée à 152 fr. 75 dès le 1<sup>er</sup> mars 2023, montant correspondant au gain assuré mensuel de 4'735 fr., soit 69 % de 6'863 fr. compte tenu du degré d'invalidité de 31 % retenu par l'OAI dans son projet de décision.

Par décision du 14 mars 2023, la Caisse a sollicité la compensation du montant de 1'645 fr. 75, correspondant aux prestations versées en trop du 1<sup>er</sup> février au 31 mai 2017, sur les prestations rétroactives octroyées par l'OAI.

Le 17 avril 2023, l'assurée, désormais représentée par son conseil, a formé opposition contre la décision du 3 mars 2023. Elle a fait valoir que, dans le cadre de son droit aux mesures professionnelles, elle avait suivi une formation dans le domaine de la comptabilité et avait obtenu un certificat d'aide-comptable en 2021. Elle avait ensuite effectué un stage à plein temps du 1<sup>er</sup> août 2021 au 28 février 2022. Tant le projet de décision que la décision de l'OAI rendue le 7 mars 2023 retenaient qu'au terme des mesures, le revenu avec invalidité était équivalent au revenu sans invalidité, de sorte que le degré d'invalidité était nul. Disposant d'une pleine capacité de travail au terme des mesures professionnelles de l'OAI, aucune réduction des indemnités journalières ne se justifiait. L'assurée a encore joint à son opposition le rapport final de réadaptation de l'OAI établi le 9 mars 2022.

Le 27 avril 2023, l'assurée, toujours représentée par son conseil, s'est opposée à la décision du 14 mars 2023.

Le 6 juillet 2023, l'assurée a été engagée en qualité d'auxiliaire de comptabilité par la société [...], à un taux variable.

Par décision sur opposition du 23 août 2023, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé la décision du 3 mars 2023 réduisant le montant des indemnités journalières et du gain assuré. Elle a retenu que le calcul de l'OAI qui avait servi de base au calcul du degré d'invalidité de 31 % constituait la référence sur laquelle elle s'était fondée pour modifier le montant du gain assuré. Elle a constaté que le gain assuré avait toujours été arrêté sur la base du revenu de l'activité habituelle et que l'assurée n'avait pratiquement pas travaillé dans la profession d'aide-comptable dans laquelle elle avait été reclassée, alors qu'elle avait continué à travailler en tant qu'entraîneuse de [...]. S'agissant de la pleine capacité de travail dans la profession d'aide-comptable dont se prévalait l'assurée, la Caisse a relevé qu'en l'absence de toute période de cotisation dans ce domaine, seul un revenu hypothétique pouvait être retenu, ce qui était insuffisant pour calculer le gain assuré. Or, en application de la jurisprudence, le salaire que l'assurée a effectivement touché avant que sa capacité de gain ne soit restreinte pour des raisons de santé était déterminant pour calculer le gain assuré, revenu qui devait être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et son degré d'invalidité. Au vu des circonstances, la Caisse a estimé qu'elle avait correctement corrigé le gain assuré de l'assurée en le réduisant selon le taux d'invalidité retenu par l'OAI.

**B.** Par acte du 25 septembre 2023, N.\_\_\_\_\_, toujours représentée par son conseil, a interjeté un recours devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre cette décision sur opposition, concluant à sa réforme en ce sens que l'indemnité journalière s'élève à 215 fr. 60 dès le 1<sup>er</sup> mars 2023, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision. Elle a soutenu que l'intimée ne pouvait réduire son gain assuré dès le 1<sup>er</sup> mars 2023 en se fondant sur le degré d'invalidité de 31 % qui avait été reconnu par l'OAI du 1<sup>er</sup> juin 2017 au 28 février 2022, dès lors que cette période n'était pas déterminante dans le cas d'espèce puisqu'elle s'était inscrite au chômage

avec effet au 1<sup>er</sup> mars 2022. Or, dès le 1<sup>er</sup> mars 2022, soit au terme des mesures professionnelles, l'OAI avait retenu que son revenu avec atteinte à la santé était équivalent au revenu sans invalidité et que son degré d'invalidité était ainsi nul. Si par hypothèse, la réduction du gain assuré devait être admise, il faudrait constater que la Caisse a violé son devoir d'instruction, en ne se renseignant pas sur la capacité de gain à partir du 1<sup>er</sup> mars 2023, période déterminante en l'espèce, alors que la décision de l'OAI sur laquelle elle s'était fondée se basait sur les faits tels qu'ils avaient évolué jusqu'au 28 février 2022. S'agissant encore des arguments de l'intimée, la recourante a relevé que celle-ci ne pouvait pas réduire le gain assuré en se fondant sur l'activité professionnelle exercée avant le chômage ou durant celui-ci en gain intermédiaire, en faisant valoir qu'elle ne mettait pas pleinement en valeur sa capacité de travail. La seule question à résoudre était de savoir si elle était en mesure de réaliser le gain assuré, ce qui était le cas ici. L'intimée perdait également de vue que dès le 1<sup>er</sup> mars 2022, le degré d'invalidité était nul, de sorte qu'aucune réduction ne se justifiait. L'intimée ne pouvait réduire le gain assuré en se fondant sur un degré d'invalidité retenu antérieurement à la période concernée par la demande d'indemnités de chômage. La recourante a enfin requis la production du dossier constitué par l'OAI.

Par réponse du 17 octobre 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours, renvoyant aux considérations de la décision sur opposition entreprise.

### **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 [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 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, déposé en temps utile 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), le recours est recevable.

**2.** Le litige porte sur le bien-fondé de la réduction de 31 % du gain assuré opérée par la Caisse, de 6'863 fr. à 4'735 fr., pour le calcul des indemnités chômage et ce, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2023.

**3. 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 précédent 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).

**b)** Est déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de gain durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir compte tenu de leur capacité de gain effective (art. 40b OACI).

L'art. 40b OACI prescrit la correction du gain assuré lorsque celui-ci est fondé sur un salaire que la personne assurée n'est plus en mesure de réaliser au moment de la survenance du chômage, en raison

d'une invalidité survenue entre-temps (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). Cette correction se justifie également lorsque le taux d'invalidité constaté n'ouvre pas droit à une rente, hormis lorsque l'incapacité de gain est inférieure à 10 % (ATF 133 V 524 consid. 5.2 et 5.3 ; 140 V 89 consid. 5.4). La situation est différente lorsque la personne assurée était déjà atteinte dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans ce cas, l'art. 40b OACI ne s'applique pas et le gain assuré est calculé sur la base du dernier salaire, lequel correspond à la capacité de gain résiduelle inchangée. Le gain assuré doit par conséquent être corrigé conformément à l'art. 40b OACI lorsque la personne assurée n'est plus en mesure, au moment de la survenance du chômage, de réaliser un salaire équivalent au salaire retenu pour le calcul du gain assuré, en raison d'une invalidité survenue entre-temps. 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 ainsi 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). A cet égard, il est sans importance que le gain assuré ait été calculé en fonction du salaire réalisé durant une période de référence conformément à l'art. 37 OACI ou sur la base du salaire normalement obtenu au sens de l'art. 39 OACI en relation avec l'art. 13 al. 2 let. c LACI (TF 8C\_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.3.1). Dès lors que les indemnités journalières de l'assurance-invalidité s'élèvent à 80 % du revenu assuré, la différence de 20 % entre le revenu assuré et le montant de l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité ne doit pas être prise en considération dans l'adaptation du gain assuré prescrite à l'art. 40b OACI (TF 8C\_829/2016 du 30 juin 2017 consid. 6).

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'OAI 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).

**4.** En l'espèce, l'intimée a réduit le gain assuré de 6'863 fr. de 31 %, à 4'735 fr., en tenant compte du taux d'invalidité de 31 % retenu par l'OAI dans son projet de décision du 17 janvier 2023 qu'il a confirmé par décision du 7 mars 2023. Pour modifier le gain assuré, l'intimée s'est en effet fondée sur le calcul du degré d'invalidité réalisé par l'OAI à partir du 1<sup>er</sup> mars 2017.

Il ressort du dossier qu'aux termes du projet de décision du 17 janvier 2023, confirmé par décision du 7 mars 2023, l'OAI a accordé à l'assurée une rente entière d'invalidité du 1<sup>er</sup> décembre 2015 au 31 mai 2017, fondée sur un degré d'invalidité de 71 % et compte tenu d'une capacité de travail de 40 % dans une activité adaptée. Il a retenu qu'à partir du 1<sup>er</sup> mars 2017, l'assurée était capable de travailler à 100 % dans une activité adaptée, de sorte qu'après comparaison des revenus, le degré d'invalidité de 31 % ne permettait plus de maintenir le droit à une rente. Le droit à la rente prenait fin trois mois après l'amélioration de la capacité de travail, soit au 31 mai 2017. L'OAI a ajouté que ce taux d'invalidité de 31 % ouvrait droit à des mesures professionnelles et relevé que diverses mesures avaient été octroyées entre 2019 et 2022, avec le versement d'indemnités journalières. Au terme des mesures, l'assurée avait été reclassée comme aide-comptable et pouvait prétendre à un revenu équivalent à son revenu sans invalidité. L'assurée était considérée comme reclassée à satisfaction.

On rappellera que le gain assuré s'établit sur la base du salaire moyen réalisé dans les six à douze mois avant l'inscription au chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Le fait que l'assurée n'ait pas réalisé de gain dans le domaine de la comptabilité n'est donc pas relevant à cet égard. Au demeurant, l'élément déterminant pour justifier une réduction du gain assuré en application de l'art. 40b OACI est la diminution permanente de la capacité de gain au moment de la perception des indemnités de chômage, indépendamment de la capacité de travail de l'assurée. Or, si la décision de l'OAI retient que l'assurée avait un degré d'invalidité de 31 % à partir du 1<sup>er</sup> mars 2017, elle précise encore que l'assurée disposait d'une pleine capacité de travail dans l'activité d'aide-

comptable dans laquelle elle avait été reclassée. Le revenu escompté dans cette nouvelle profession était supérieur à son revenu sans invalidité et l'assurée ne subissait depuis lors plus de perte de gain. A la lecture du projet de décision de l'OAI dans son intégralité, on constate que la capacité de gain restante de l'assurée, à partir du 1<sup>er</sup> mars 2022, est de 78'337 fr. 30. Compte tenu de cet élément, l'assurée n'est pas indemnisée par l'assurance-chômage sur la base d'un gain assuré qu'elle ne peut plus réaliser, sa capacité de gain restante étant équivalente voire supérieure à son revenu sans invalidité ainsi qu'aux indemnités journalières de l'assurance-invalidité qui ont servi de base à la fixation de son gain assuré. Le degré d'invalidité de 31 %, tel que calculé par l'OAI, concerne donc la période du 1<sup>er</sup> mars 2017 au 28 février 2022, date à laquelle le reclassement de l'assurée s'est terminé. Par conséquent, à réception des prestations de l'assurance-chômage dès le 1<sup>er</sup> mars 2022, l'assurée ne présentait plus aucune diminution de sa capacité de gain. Dans ces circonstances, l'intimée ne pouvait procéder à la réduction du gain assuré en application de l'art. 40b OACI, en l'absence de toute invalidité constatée par l'OAI dès le 1<sup>er</sup> mars 2022, date à laquelle le chômage a débuté.

**5.** Le dossier est complet et permet à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause. Il n'y a dès lors pas lieu de compléter l'instruction comme le requiert la recourante par la production du dossier de l'OAI. En effet, une telle mesure d'instruction ne serait pas de nature à modifier les considérations qui précèdent puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit (appréciation anticipée des preuves ; ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 144 II 427 consid. 3.1.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1).

**6. a)** Vu ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition entreprise annulée.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA).

**c)** Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 23 août 2023 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** La Caisse cantonale de chômage versera à N.\_\_\_\_\_ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jana Burysek (pour N. \_\_\_\_\_),
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :