

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 31 août 2020

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
Mmes Dessaux et Berberat, juges
Greffière : Mme Chapuisat

Cause pendante entre :

N. _____, à [...], recourante, représentée par Me Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne, intimée.

Art. 28 LACI

E n f a i t :

A. **a)** N. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) a travaillé comme gérante pour le Café-Restaurant [...] (ci-après : l'employeur) du 1^{er} octobre 2007 au 31 mars 2019. L'assurée était, avec son mari, associée de cette société jusqu'à sa radiation du Registre du Commerce le 9 avril 2019.

Il ressort des divers certificats médicaux au dossier, établis par le Dr W. _____, spécialiste en médecine interne générale et médecin traitant, que l'assurée a été en incapacité de travail à 100 % du 28 décembre 2018 au 31 janvier 2019, à 80 % du 1^{er} au 28 février 2019, à 50 % du 1^{er} au 31 mars 2019 et à 40 % à compter du 1^{er} avril 2019 et ce, à tout le moins, jusqu'au 30 novembre 2019.

L'assurée a perçu des indemnités journalières de R. _____, assureur maladie perte de gain de l'employeur, pour la période de 28 décembre 2018 au 19 mars 2019, correspondant aux taux d'incapacité de travail précités.

Afin de prendre position sur la poursuite du versement des indemnités journalières, R. _____ a requis une évaluation médicale sur l'inaptitude au travail de l'assurée auprès du Dr T. _____, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. Ce dernier ayant estimé qu'une capacité de travail à 100 % était exigible de l'intéressée dès le 29 mars 2019, R. _____ a mis fin à sa participation financière au 19 mars 2019 (cf. décision de R. _____ du 18 mars 2019).

L'assurée s'est opposée à cette décision le 19 mars 2019, notamment au motif que son médecin traitant n'avait pas été consulté. Elle a en outre annoncé par courriel du 3 avril 2019 qu'elle entendait mener à ses frais une contre-expertise.

b) Le 27 mars 2019, l'assurée s'est inscrite comme demandeuse d'emploi à 100 % auprès de l'Office régional de placement d'I._____ (ci-après : l'ORP) et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage, Agence du [...] (ci-après : l'Agence) à compter du 1^{er} avril 2019.

Selon la demande d'indemnité de chômage de l'assurée du 2 avril 2019, cette dernière s'est retrouvée en incapacité de travail du 28 décembre 2018 au 31 mars 2019. En outre, à la question (7) « Recevez-vous une indemnité journalière de l'assurance-invalidité, maladie ou militaire ou (8) une rente de ces mêmes assurances », de ce même formulaire, l'assurée a répondu par la négative.

Le 18 avril 2019, l'Agence a reçu copie de la décision de R._____ du 18 mars 2019.

Par courrier du 21 juin 2019, l'assurée, par l'intermédiaire de son conseil, a sollicité une réponse sur sa demande d'indemnité de chômage. Elle a souligné que l'assurance perte de gain avait conclu, sur la base d'une expertise mise en œuvre par ses soins, qu'elle avait une capacité de travail de 100 % dès le 11 mars 2019.

Le 27 juin 2019, afin de pouvoir se déterminer sur le droit aux prestations de l'assurée, l'Agence lui a demandé de lui transmettre, dans un délai de dix jours, certaines informations, dont un certificat médical attestant de sa reprise de capacité au 1^{er} avril 2019.

Par courrier du 28 juin 2019, la Caisse a informé le conseil de l'assurée de ce que le dossier des époux N._____ n'était à ce jour toujours pas complet, empêchant ainsi de pouvoir définir l'aptitude au placement et de calculer le gain assuré, raison pour laquelle elle avait requis les pièces manquantes par courrier du 27 juin 2019. L'Agence a notamment précisé que la date de la reprise d'une capacité de travail n'était pas claire.

Par courrier du 9 juillet 2019, l'assurée, par le biais de son conseil, a communiqué à l'Agence que sa capacité de travail était totale dès le 11 mars 2019, selon ce qui avait été établi par l'évaluation médicale demandée par R._____. L'assurée a ajouté ceci : « à toutes fins utiles, nous vous remettons les certificats médicaux du Dr W._____, attestant d'une incapacité de travail de 40% du 1^{er} avril au 31 juillet 2019 ».

Par décision du 31 juillet 2019, l'Agence a informé l'assurée qu'à compter du 1^{er} mai 2019, son chômage n'était indemnisable qu'à 60 %, ce qui correspondait au taux résiduel de sa capacité de travail, et cela jusqu'au jour où elle retrouverait une capacité totale de travail ou modification du taux de son incapacité de travail. Elle précisait en outre que l'intéressée avait bénéficié des indemnités de chômage complètes du 1^{er} au 30 avril 2019.

L'assurée, représentée par Me Jean-Michel Duc, s'est opposée à cette décision le 23 août 2019, concluant à l'allocation d'une pleine indemnité de chômage dès le 1^{er} mai 2019.

Par décision sur opposition du 11 décembre 2019, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée), a confirmé la décision du 31 juillet 2019.

B. Par acte du 7 janvier 2020, N._____, représentée par Me Jean-Michel Duc, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme en ce sens qu'elle a droit à des indemnités entières de l'assurance-chômage à partir du 1^{er} mai 2019. Fondant son argumentation sur les art. 15 al. 2 LACI, 15 al. 3 OACI et 70 al. 2 let. b LPGA, elle a soutenu avoir droit à une indemnité de chômage non réduite dans la mesure où elle était prête à rechercher et à accepter un emploi correspondant à son taux de capacité de travail et qu'elle rechercherait une activité avec un horaire de travail à temps complet si elle n'était pas atteinte dans sa santé.

Dans sa réponse du 5 février 2020, l'intimée a proposé le rejet du recours et la confirmation de la décision sur opposition querellée, pour les raisons invoquées dans dite décision.

Répliquant le 26 février 2020, la recourante a maintenu ses conclusions.

Le 11 mars 2020, la recourante a produit une décision du 5 mars 2020 du Service de l'emploi la considérant apte au placement depuis le 1^{er} avril 2019. Elle a dès lors estimé avoir droit à des indemnités de chômage pleines et entières depuis cette date. Cette décision comprenait également la mention que l'assurée avait déposé une demande de prestations auprès de l'OAI le 27 novembre 2019.

Dans ses déterminations du 8 mai 2020, l'intimée a confirmé ses conclusions, relevant que l'aptitude au placement de la recourante n'avait jamais été niée et soulignant que le chômage de l'intéressée n'était indemnisable qu'à 60% à partir du 1^{er} mai 2019 en raison de son taux d'incapacité à 40% dès son inscription au chômage, tel qu'attesté par les certificats médicaux.

En droit :

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. Est litigieux le droit de la recourante à des indemnités de chômage pleines et entières dès le 1^{er} mai 2019.

3. a) Selon l'art. 28 al. 1 LACI, les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie (art. 3 LPGA), d'un accident (art. 4 LPGA) ou d'une grossesse et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Leur droit persiste au plus jusqu'au 30^e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre.

Selon l'art. 28 al. 4 LACI, les chômeurs qui ont épuisé leur droit selon l'al. 1, sont encore passagèrement frappés d'incapacité restreinte de travail et touchent des indemnités journalières d'une assurance, ont droit, dans la mesure où cette incapacité partielle n'entrave pas leur placement et où ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité:

a. à la pleine indemnité journalière s'ils sont aptes au travail à raison de 75 % au moins;

b. à une indemnité journalière réduite de 50 % s'ils le sont à raison de 50 % au moins.

b) L'art. 28 al. 4 LACI est une norme de coordination (ATF 135 V 185) qui règle l'indemnisation, par l'assurance-chômage, des assurés encore passagèrement frappés d'incapacité de travail après 30 jours d'incapacité indemnisée selon l'art. 28 al. 1 LACI et qui sont au bénéfice

d'une assurance facultative de gain maladie ou accident. Pour autant que les assurés en question touchent des indemnités journalières d'une autre assurance (maladie ou accidents), ils ont droit, après le 30^e jour d'incapacité, à la pleine indemnité journalière s'ils ont aptes au travail à 75 % au moins et à une indemnité journalière réduite de moitié s'ils le sont à raison de 50 % au moins. S'ils ne bénéficient d'aucune indemnisation par une assurance-maladie ou accidents, leur gain assuré est fixé proportionnellement à la capacité de travail résiduelle ou effective (FF 2008 7051 ; pour l'ancien droit, voir l'ATF 126 V 124 consid. 3b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n° 24 *ad* art. 28 LACI).

Dès qu'un assuré s'annonce auprès d'une assurance sociale en revendiquant des prestations pour une incapacité durable de travail, l'indemnisation devra être prise en charge selon les modalités prévues par les art. 15 al. 3 OACI et 70 al. 2 let. b LPGA. Il pourra s'agir alors de prestations versées provisoirement par l'assurance-chômage, à titre d'avances. Mais lorsque l'assuré s'annonce à une assurance sociale en revendiquant des prestations d'invalidité tout en se trouvant dans une période où il a droit à l'indemnité selon l'art. 28 al. 4 LACI, l'indemnisation au sens de l'art. 28 al. 4 LACI prime (Ueli KIESER, Die Koordination von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, *in* DTA 2012 p. 233).

L'art. 15 al. 3 OACI concerne l'aptitude au placement des personnes en situation de handicap dans le domaine de l'assurance-chômage. Cette disposition touche uniquement l'obligation de l'assurance-chômage envers d'autres assurances sociales (particulièrement l'AI) d'avancer des prestations.

En d'autres termes, l'art. 28 LACI s'applique aux incapacités passagères de travail. Ce sont les art. 15 al. 2 LACI et 15 al. 3 OACI qui s'appliquent aux incapacités de travail importantes et durables (ATF 126 V 124 consid. 3a). A défaut d'indices clairs d'incapacité de longue durée au moment de verser les prestations, les indemnités selon l'art. 28 LACI sont

dues, même s'il apparaît ultérieurement qu'il s'agissait d'une incapacité de longue durée.

c) Les directives administratives, édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) en vue d'assurer l'application uniforme des dispositions légales, ont repris les éléments ci-dessus, soulignant que les assurés sans assurance perte de gain de l'assurance-accidents ou de l'assurance-maladie qui conservent une capacité de travail passagèrement réduite après avoir épuisé leur droit à la pleine indemnité journalière (al. 1) ont droit à une indemnité journalière de l'assurance-chômage correspondant à leur capacité de travail effective. L'indemnité journalière est corrigée par le biais du gain assuré correspondant à la perte de travail prise en compte (Bulletin LACI IC C 177).

4. En l'espèce, la recourante s'est inscrite à l'assurance-chômage le 27 mars 2019 avec effet au 1^{er} avril 2019. A ce moment-là, elle présentait une incapacité de travail pour cause de maladie à 40 %, pour laquelle elle avait auparavant, soit du 28 décembre 2018 au 20 mars 2019, été indemnisée par l'assureur perte de gain maladie R._____. Faisant à juste titre application de l'art. 28 al. 1 LACI - ce que la recourante ne conteste au demeurant pas - l'Agence l'a indemnisée à 100 % pour la période du 1^{er} au 30 avril 2019. Le délai de trente jours prévu par la disposition précitée étant arrivé à échéance le 30 avril 2019, l'Agence a, de bon droit, réduit, à partir du 1^{er} mai 2019, l'indemnité de chômage à 60 %, taux qui correspond à la capacité de travail résiduelle de l'intéressée, telle qu'attestée par le Dr W._____.

Il ne se justifiait pas, contrairement à ce que soutient la recourante, de faire application des art. 15 al. 2 LACI, 15 al. 3 OACI et 70 al. 2 let. b LPGA. D'une part, il n'existait pas d'indices clairs d'une incapacité de longue durée au moment de verser les prestations, justifiant l'application des dispositions précitées. D'autre part, la recourante n'a déposé sa demande de prestations auprès de l'OAI qu'à la fin du mois de

novembre 2019, soit après la reddition de la décision sur opposition litigieuse.

On relèvera en outre, à l'instar de l'intimée, qu'il est pour le moins surprenant de constater que la recourante se soit opposée à la décision de l'évaluation médicale commandée par R._____, - invoquant que son état de santé n'avait pas été pris en compte de manière juste et demandant de ce fait une contre-expertise - sur laquelle elle s'appuie désormais pour contester la décision sur opposition de la Caisse.

De surcroît, la décision du 5 mars 2020 par laquelle le Service de l'emploi a reconnu l'aptitude au placement de la recourante ne saurait conduire au versement d'indemnités de chômage pleines et entières. En effet, l'aptitude au placement de l'assurée n'a jamais été niée par la Caisse intimée et ce n'est pas cet aspect qui a motivé la décision de l'indemnisation partielle de la recourante. La Caisse a au contraire retenu que le chômage de l'intéressée n'était indemnisable qu'à 60 % à partir de son inscription au chômage, en raison de taux d'incapacité de travail à 40 % dès son inscription, précisant que la recourante aurait droit à une indemnisation totale si elle ne présentait aucune incapacité de travail. Comme le relève l'intimée, la notion d'aptitude au placement ne doit pas être confondue avec le fait que la Caisse n'indemnise l'assurée qu'à hauteur de 60 %, en raison de son incapacité attestée médicalement par son médecin traitant, dont les certificats médicaux n'ont pas de raison d'être remis en cause.

Dès lors, c'est à juste titre que la recourante a été indemnisée à hauteur de 60 %, correspondant à sa capacité résiduelle de travail à partir du 1^{er} mai 2019.

5. a) Partant, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 11 décembre 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Jean-Michel Duc (pour N. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent

être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :