

# **BGer 8C\_104/2011 vom 2. Dezember 2011**

Bundesgericht, 2011-12-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_104\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_104_2011)

FR: TF 8C\_104/2011 du 2 décembre 2011

IT: TF 8C\_104/2011 del 2 dicembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours est dirigé contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu en matière de droit public ( art. 82 ss LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 86 al. 1 let . d LTF). Il a été déposé dans le délai ( art. 100 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi. Il est donc recevable.

### **E. 2**

Le litige porte sur le point de savoir si la recourante était fondée à refuser de revoir le montant de l'indemnité journalière fixé à 90 fr. 05 selon le décompte d'indemnités journalières du 22 septembre 2008.

Dans la procédure de recours concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents, le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'état de fait constaté par la juridiction inférieure ( art. 97 al. 2 LTF ).

### **E. 3.1**

Les personnes au chômage qui remplissent les conditions de l' art. 8 LACI ou qui perçoivent des indemnités conformément à l' art. 29 LACI sont assurées à titre obligatoire contre les accidents auprès de la CNA (art. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage [OAAC]).

Aux termes de l' art. 5 al. 1 OAAC , l'indemnité journalière de l'assurance-accidents correspond à l'indemnité nette de l'assurance-chômage, visée aux art. 22 et 22a LACI , calculée par jour civil. L'indemnité journalière pleine et entière de l'assurance-chômage s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1, première phrase, LACI).

Selon l' art. 23 al. 1 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 (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase).

La période de référence pour le calcul du gain assuré est réglée à l' art. 37 OACI . L' art. 39 OACI règle le salaire déterminant en cas de prise en compte de périodes assimilées à des périodes de cotisation. Quand l'assuré est partie à un rapport de travail mais qu'il ne perçoit pas un salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, le salaire déterminant est celui qu'il aurait normalement obtenu ( art. 39 OACI en liaison avec l' art. 13 al. 2 let . c LACI), et non pas d'éventuelles indemnités journalières qu'il toucherait en vertu des art. 324a al. 4 et 324b CO (arrêts C 336/05 du 7 novembre 2006, consid. 4.1; C 112/02 du 23 juillet 2002, consid. 2.2). Quant au gain assuré des handicapés, il est réglé à l' art. 40b OACI

, aux termes duquel est 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.

### **E. 3.2**

La juridiction cantonale a considéré qu'en vertu de l' art. 39 OACI , le gain assuré devait être établi en l'occurrence d'après le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu s'il n'avait pas été malade, soit 5'315 fr., ce qui correspond à une indemnité journalière nette de l'assurance-chômage d'un montant de 179 fr. 90. Selon les premiers juges, en effet, l' art. 40b OACI ne s'applique pas dans le cas d'espèce, dès lors que l'assuré n'a pas subi une atteinte dans sa capacité de travail immédiatement avant le chômage, mais, au contraire était déjà atteint dans sa capacité de travail bien avant le début du chômage. En effet, pendant près de deux ans avant son inscription au chômage, l'intéressé, partie à un rapport de travail mais incapable de travailler, a bénéficié d'indemnités journalières de l'assurance-maladie, lesquelles correspondaient à 80 % du salaire mensuel de 5'315 fr.

De son côté, la recourante soutient que la correction du gain assuré, prévue à l' art. 40b OACI , doit intervenir dans tous les cas où, comme en l'espèce, ce gain est fondé sur un salaire que l'assuré n'est plus en mesure de réaliser au moment de la survenance du chômage, en raison d'une invalidité survenue entre-temps. En l'espèce, par sa décision du 1er février 2008, devenue définitive ensuite du jugement de la juridiction cantonale du 24 avril 2008, l'OAI a constaté un taux d'incapacité de gain de 30 %. Aussi, selon la recourante, l'assuré n'est-il plus en mesure, depuis la survenance du chômage, de réaliser le salaire mensuel de 5'315 fr. obtenu dans son activité de peintre en bâtiment et l' art. 40b OACI commande que l'on réduise de 30 % l'indemnité journalière de l'assurance-chômage d'un montant brut de 195 fr. 95 (net: 179 fr. 90).

#### **E. 3.3.1**

Selon la jurisprudence, l' art. 40b OACI prescrit la correction du gain assuré lorsque celui-ci est fondé sur un salaire que l'assuré 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 p. 534 s.). Cette correction se justifie également lorsque le taux d'invalidité constaté n'ouvre pas droit à une rente ( ATF 133 V 524 consid. 5.2 et 5.3 p. 527 s.). En revanche, la situation est différente lorsque l'assuré est déjà atteint 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 (arrêt C 314/02 du 4 mars 2005, consid. 2.2.1; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2ème éd. 2006, p. 317 n. 4.6.12).

Il ressort de ce qui précède que le gain assuré doit être corrigé conformément à l' art. 40b OACI lorsque l'assuré 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. A cet égard, il est sans importance que celui-ci 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.

#### **E. 3.3.2**

En règle générale, le gain assuré est fixé compte tenu du salaire réalisé durant une période de référence conformément à l' art. 37 OACI (cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 2ème éd. 2007, p. 2292 s. n. 380 ss; BORIS RUBIN, op. cit., p. 312 ss n. 4.6.7). Toutefois, lorsque, durant le délai-cadre applicable à la période de cotisation ( art. 13 al. 1 LACI en liaison avec l' art. 9 al. 3 LACI ), l'assuré est partie à un rapport de travail mais qu'il ne perçoit pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident, le salaire déterminant est celui que l'intéressé aurait normalement obtenu ( art. 39 OACI en relation avec l' art. 13 al. 2 let . c LACI; cf. consid. 3.1).

### **E. 3.3.3**

En l'espèce, l'intimé a travaillé au service de la société X.\_\_\_\_\_ SA du 1er avril 2004 au 29 février 2008, date à laquelle les rapports de travail ont été résiliés. Cependant, depuis le mois d'octobre 2006, il a été entièrement incapable de travailler en raison de diverses maladies. Il n'a dès lors plus perçu de salaire et l'assureur-maladie lui a alloué une indemnité journalière entière, puis une indemnité réduite correspondant à un taux de 30 % dès le 1er mars 2008, compte tenu de la décision de l'OAI du 1er février précédent, lequel avait constaté un taux d'invalidité de 30 %. Conformément à l' art. 39 OACI en liaison avec l' art. 13 al. 2 let . c LACI, le gain assuré doit être calculé en fonction du salaire qu'il aurait normalement obtenu, en l'occurrence 5'315 fr., et non pas sur la base des indemnités journalières de l'assurance-maladie perçues. Etant donné l'invalidité survenue postérieurement, l'intimé n'est toutefois plus en mesure de réaliser un tel salaire et il se justifie de corriger le gain assuré conformément à l' art. 40b OACI . L'indemnité de chômage brute de 195 fr. 95 doit dès lors être réduite de 30 %, ce qui donne un montant (brut) de 137 fr. 20, soit, après déduction des cotisations AVS, LPP, LAA, un montant net de 126 fr. 05. Compte tenu du fait qu'elle est versée pour tous les jours, y compris les dimanches et jours fériés ( art. 25 al. 1 OLAA ), à la différence de l'indemnité de chômage qui n'est payée que cinq fois par semaine ( art. 21 LACI ), l'indemnité journalière de l'assurance-accidents due à l'intimé s'élève ainsi à 90 fr. 05 (selon la formule :  $126 \text{ fr. } 05 \times 5 \times 52,14 : 365$ ; cf. art. 5 al. 1 OAAC ), comme l'a fixé la recourante dans son décompte d'indemnités journalières du 22 septembre 2008. Celle-ci était dès lors fondée, par sa décision sur opposition du 26 février 2009, à refuser de revoir ce montant, comme le demandait l'assuré.

### **E. 4.1**

Comme en instance cantonale, l'assuré invoque, dans sa réponse au recours en matière de droit public, une violation de son droit à la protection de la bonne foi. Il soutient en substance que deux collaborateurs de la CNA lui ont donné la garantie qu'il bénéficierait d'indemnités journalières non réduites dès que l'assureur-maladie mettrait fin au paiement de ses prestations. A l'appui de ses allégations, il se réfère à une lettre adressée à la juridiction cantonale le 16 décembre 2009 par un collaborateur de la caisse de chômage, ainsi qu'à un décompte de prestations de l'assurance-chômage, renvoyé à ladite caisse le 29 septembre 2008, sur lequel l'assuré a indiqué que selon une collaboratrice de la CNA, le calcul était erroné. Sur la base des assurances reçues, l'intéressé avait envoyé sa fille étudier au Portugal, certain qu'une indemnité journalière entière de l'assurance-accidents lui permettrait d'assumer tous les frais (écolage, minimum vital, logement, etc) sans solliciter l'assistance publique portugaise.

#### **E. 4.2**

Découlant directement de l' art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le droit à la protection de la bonne foi préserve la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration ( ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore que celui-ci se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée ( ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 637; 131 V 472 consid. 5 p. 480; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123 et les références).

#### **E. 4.3**

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme il l'a indiqué sur le décompte de prestations de l'assurance-chômage, l'assuré a effectivement reçu d'une collaboratrice de la CNA l'assurance qu'il bénéficierait d'une indemnité journalière entière de l'assurance-accidents. En effet, l'intéressé ne rend pas vraisemblable - au degré requis par la jurisprudence ( ATF 126 V 353 consid. 5b p. 360; 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références) - qu'il a pris, sur la base des assurances dont il se prévaut, des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice. S'il a effectivement produit une attestation de l'école au Portugal où étudie sa fille, il ne présente en revanche aucun moyen de preuve permettant d'établir qu'il a personnellement assumé les frais de scolarité. Au demeurant, on ne saurait considérer qu'il a envoyé sa fille étudier au Portugal sur la foi des assurances obtenues postérieurement au 22 septembre 2008, du moment qu'elle est inscrite à l'école en question depuis l'année scolaire 2006-2007.

Cela étant, le grief de violation du droit à la protection de la bonne foi doit être rejeté.

#### **E. 5**

Vu ce qui précède, la recourante était fondée, par sa décision sur opposition du 26 février 2009, à refuser de revoir le montant de l'indemnité journalière fixé à 90 fr. 05. Le recours apparaît ainsi bien fondé.

#### **E. 6**

L'intimé, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.