

BGer 8C_821/2017 vom 4. Juni 2018

Bundesgericht, 2018-06-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_821_2017

FR: TF 8C_821/2017 du 4 juin 2018

IT: TF 8C_821/2017 del 4 giugno 2018

Erwägungen

E. 1

Les deux recours déposés céans sont dirigés contre le même jugement, concernent des faits de même nature et portent sur des questions juridiques communes. Il se justifie par conséquent de joindre les causes et de les liquider en un seul arrêt (ATF 131 V 59 consid. 1 p. 60 et les références).

E. 2

Les recours sont dirigés 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). Ils ont été déposés dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Ils sont donc recevables.

E. 3

Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage allouée à l'assuré à compter du 1

er février 2016, en particulier sur le point de savoir si ce gain doit être réduit en raison d'une diminution de la capacité de travail due à l'atteinte à la santé.

E. 4.1

Selon l' art. 8 al. 1 let . e LACI (RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré. Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 [LACI]), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI). D'après l' art. 13 al. 2 let . c LACI, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail mais ne touche pas de salaire notamment parce qu'il est malade (art. 3 LPGA [RS 830.1]) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations.

E. 4.2

Aux termes de 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 (RS 837.02). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). 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'alinéa 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage (al. 3, première phrase).

En cas de prise en compte de périodes assimilées à des périodes de cotisation selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, le salaire déterminant est celui que l'intéressé aurait normalement obtenu (art. 39 OACI) et non pas d'éventuelles indemnités journalières qu'il obtiendrait en vertu des art. 324a al. 4 et art. 324b CO (SVR 2015 ALV n° 11 p. 33, 8C_218/2014, consid. 3.2; arrêts 8C_104/2011 du 2 décembre 2011, consid. 3.1; 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. 5.1

Pour la période du mois de février au mois d'avril 2015 durant laquelle l'assuré était partie au rapport de travail, UNIA a pris en compte, en se fondant sur l' art. 39 OACI , le salaire qu'aurait perçu normalement l'intéressé au service de B. _____ s'il n'avait pas été incapable de travailler en raison de l'atteinte à sa santé, à savoir un revenu mensuel de 7'119 fr. (treizième salaire et bonus compris). Pour la période postérieure au 30 avril 2015, elle a retenu, au titre du gain assuré, les indemnités journalières allouées par l'office AI durant la mise en oeuvre des mesures de réadaptation, à savoir 170 fr. 40 par jour civil. Comparant ensuite le salaire moyen des six derniers mois de cotisation selon l' art. 37 al. 1 OACI (1

er août 2015 au 31 janvier 2016: 5'225 fr. 60) à celui des douze derniers mois de cotisation d'après l' art. 37 al. 2 OACI (1

er février 2015 au 31 janvier 2016: 5'699 fr.), elle s'est fondée sur le second montant plus élevé. En outre, en application de l' art. 40b OACI , UNIA a réduit de 10 % le montant retenu et l'a fixé à 5'129 fr. à partir du 1

er mai 2016, compte tenu du projet de décision du 1

E. 5.2

er mars 2016 et de la décision du 11 avril 2016, dans lesquels l'office AI a constaté un taux d'invalidité de 10,01 % (arrondi à 10 %).

De son côté la cour cantonale a confirmé la prise en compte du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation, soit 5'699 fr. En particulier elle a réfuté le point de vue de l'assuré selon lequel il y avait lieu de se fonder sur le salaire qu'il aurait perçu au service de B. _____ également pour la période du 1

er mai 2015 au 31 janvier 2016 et elle a considéré comme déterminant le montant des indemnités journalières de l'assurance-invalidité allouées durant cette période, motif pris que l'intéressé n'était plus partie à un contrat de travail.

En revanche la juridiction précédente s'est écartée de la décision sur opposition litigieuse en ce qui concerne la réduction de 10 % du gain assuré à compter du 1

er mai 2016. Dans la mesure où le montant de l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité correspond à 80 % du revenu déterminant (art. 23 LAI [RS 831.20]), elle est d'avis que la capacité de gain de l'intéressé était réduite déjà bien avant le début du chômage, cette diminution s'élevant à 20 % du salaire déterminant pour le calcul du gain assuré. C'est pourquoi l'atteinte à la capacité de travail n'est pas survenue

durant le chômage ou immédiatement avant , de sorte que l'une des conditions d'application de l' art. 40b OACI n'est pas réalisée en l'occurrence. Au surplus la juridiction précédente a considéré que le gain assuré initial fixé par UNIA à 5'699 fr. par mois, soit 68'388 fr. par année, est inférieur au revenu d'invalidé de 70'238 fr. 24 retenu par l'office AI à l'appui de sa décision de refus de rente. Aussi est-elle d'avis que le gain assuré de 5'699 fr. correspond à la capacité actuelle de l'assuré. En effet, il ressort de la décision de l'office AI que l'intéressé a suivi avec succès la mesure d'ordre professionnel et qu'il a retrouvé une pleine capacité de travail dans son activité habituelle d'employé de commerce spécialisé comme aide-comptable. Selon la cour cantonale une correction du gain assuré fondée sur l' art. 40b OACI ne saurait dès lors intervenir du moment que le gain assuré initial correspond encore à la capacité de gain durant la période de chômage.

E. 6.1

Le recourant invoque une violation du principe de l'égalité de traitement consacré à l' art. 8 Cst. en tant que la cour cantonale n'a pas appliqué l' art. 39 OACI à la période durant laquelle il n'était plus partie à un contrat de travail mais bénéficiait d'indemnités journalières de l'assurance-invalidité, à savoir la période comprise entre le 1

er mai 2015 et le 31 janvier 2016. Selon l'intéressé, lorsque l' art. 39 OACI a été édicté, le législateur n'avait certainement pas pour objectif de traiter différemment l'assuré qui est au bénéfice d'indemnités de l'assurance-maladie perte de gain et dont l'employeur n'aurait pas résilié le contrat de travail, et celui dont l'employeur a mis fin aux rapports de travail immédiatement après le délai de protection. A plus forte raison, le législateur n'a certainement pas imaginé que l'assuré au bénéfice d'indemnités journalières de l'assurance-invalidité serait finalement moins bien traité que l'assuré bénéficiant d'indemnités journalières de l'assurance-maladie perte de gain, ce qui est le cas en l'occurrence. En outre le recourant est d'avis qu'en refusant d'appliquer l' art. 39 OACI dans les cas dans lesquels les rapports de travail ont pris fin précisément en raison de l'incapacité de travail, la cour cantonale laisse à l'employeur le soin d'influencer le montant du gain assuré. En effet, si l'employeur ne résilie pas le contrat, le gain assuré est calculé avantageusement en vertu de l' art. 39 OACI , tandis que s'il le fait, ce gain est calculé sur la base des indemnités journalières de l'assurance-invalidité, voire de l'assurance-accidents, ou même de manière forfaitaire en cas de libération des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14 LACI). C'est pourquoi, malgré la fin des rapports de travail au 30 avril 2015, il ne doit pas être pénalisé par rapport à un autre assuré dont le contrat de travail n'aurait pas été résilié au terme du délai de protection. Aussi le recourant soutient-il que le gain assuré doit être calculé en fonction du salaire mensuel qu'il réalisait avant la survenance de l'incapacité de travail, durant la période du mois de septembre 2013 au mois d'août 2014 (12 mois), lequel est plus élevé que le gain obtenu durant la période du mois de mars au mois d'août 2014 (6 mois). Selon l'intéressé, le gain assuré correspond donc à 8 salaires mensuels de 7'119 fr. 05 et 4 salaires de 7'285 fr. 70, ce qui donne un montant moyen de 7'174 fr. 60.

E. 6.2

En l'espèce on ne saurait partager le point de vue du recourant, selon lequel la cour cantonale opère une différence de traitement contraire à l' art. 8 Cst. en tant qu'elle retient que l' art. 39 OACI ne s'applique pas à la période postérieure à la résiliation des rapports de travail. En effet la situation de l'assuré dont l'employeur n'a pas résilié le contrat de travail et qui est au bénéfice d'indemnités de l'assurance-maladie perte de gain ou de l'assurance-accidents n'est pas comparable à celle de l'assuré qui perçoit des indemnités journalières de l'assurance-invalidité. Une période assimilée entre en considération lorsque l'obligation de l'employeur de verser le salaire a pris fin (cf. art. 324a CO) ou qu'à la place du salaire, l'assuré bénéficie d'indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents (art. 324b CO). Cette prise en compte d'une période assimilée a une fonction de coordination en relation avec l'assurance-maladie et l'assurance-accidents (cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3e édition, n° 222 p. 2330 s.). En effet, contrairement aux indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 25 LAI) et de l'assurance militaire (art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire [LAM; RS 833.1]), les indemnités journalières de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents ne sont pas soumises à cotisation (cf. art. 6 al. 2 let. b RAVS [831.101]). C'est pourquoi le salaire déterminant pour le gain assuré est, dans ce cas, le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (cf. SVR 2015 ALV n° 11 p. 33, déjà cité, consid. 3.2; arrêt 8C_645/2014 du 3 juillet 2015 consid. 2; 8C_104/2011 du 2 décembre 2011 consid. 3.1; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 28 ad art. 23 LACI). En revanche lorsque, comme en l'occurrence, l'assuré obtient des indemnités journalières de l'assurance-invalidité, celles-ci sont soumises à cotisation de l'assurance-chômage (art. 25 al. 1 let. d LAI; art. 3 al. 1 LACI en liaison avec 6 al. 2 let. b RAVS; cf. SVR 2015 ALV n° 11 p. 33, déjà cité, consid. 5.1). Au demeurant les précédents invoqués par le recourant (SVR 2015 ALV n° 11 p. 33 et arrêt 8C_645/2014, déjà cités) ne lui sont d'aucun secours. Bien au contraire, ils rappellent que l'application du système de coordination prévu aux art. 13 al. 2 let. c LACI et 39 OACI est subordonnée à la condition que l'assuré soit partie à un contrat de travail.

Cela étant, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en confirmant le point de vue de l'intimée, selon lequel le gain assuré déterminant pour la période du 1er mai 2015 au 31 janvier 2016 doit être calculé sur la base des indemnités journalières allouées par l'office AI, à savoir 170 fr. 40 par jour civil. Le recours de l'assuré se révèle ainsi mal fondé.

E. 7.1

De son côté la recourante invoque une violation de l' art. 23 al. 1 LACI en liaison avec l' art. 40b OACI en tant que la juridiction précédente a annulé la réduction de 10 % du gain assuré à partir du 1er mai 2016. Elle fait valoir que les deux éléments déterminants pour le calcul du gain assuré - à savoir le salaire mensuel moyen et l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité - ont été fixés sur la base du salaire perçu avant l'atteinte à la santé qui est survenue le 29 septembre 2014. Or, si cette indemnité journalière est inférieure au salaire réalisé avant l'atteinte à la santé, cela ne résulte pas du fait qu'elle a été calculée compte tenu de la diminution de la capacité de gain, mais exclusivement du fait qu'à l' art. 23 LAI , le législateur a prévu que l'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu obtenu par l'assuré dans la dernière activité lucrative exercée sans restriction liée à l'état de santé. La recourante, qui se réfère sur ce point à l'arrêt 8C_829/2016 du 30 juin 2017 consid. 6, infère

de cela que la diminution de la capacité de gain de l'assuré n'a pas eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré fixé à 5'699 fr. dès le 1er février 2016, de sorte que l'atteinte à la capacité de gain a eu lieu immédiatement avant le chômage et que, partant, les conditions de l' art. 40b OACI sont réalisées. Par ailleurs, selon la recourante, le fait que l'assuré a suivi avec succès la mesure d'ordre professionnel et qu'il a retrouvé une pleine capacité de travail dans son activité habituelle d'employé de commerce spécialisé comme aide-comptable n'est pas déterminant en l'occurrence. Se référant à un arrêt du Tribunal fédéral (8C_397/2014 du 27 avril 2015 consid. 6.2), UNIA fait valoir que même s'il jouit d'une capacité de travail entière dans une activité adaptée aux séquelles d'un accident, cela ne signifie pas qu'un assuré ne subit aucune diminution de sa capacité de gain et, partant, qu'il n'est pas invalide. Or, en constatant un taux d'invalidité (arrondi) de 10 %, l'office AI considère que l'assuré, à la suite de l'atteinte à la santé et bien qu'il ait retrouvé une pleine capacité de travail, subit une perte de gain qui n'est pas prise en considération dans le gain assuré fixé à 5'699 fr. dès le 1er février 2016. Ainsi, dans la mesure où l'assurance-chômage n'a pas à intervenir pour compenser la perte de gain découlant d'une atteinte à la santé, cette perte de gain doit être prise en compte dans le gain assuré en corrigeant celui-ci conformément à l' art. 40b OACI . Enfin cette correction ne doit pas s'opérer sur le revenu hypothétique d'invalide retenu par l'office AI mais en multipliant par 90 % le gain assuré de 5'699 fr.

E. 7.2

Dans sa réponse au recours l'intimé critique la jurisprudence invoquée par la recourante (arrêt 8C_829/2016, déjà cité, consid. 6). Dans cette affaire concernant un assuré qui s'était vu reconnaître une incapacité de gain de 32 %, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas lieu de considérer que, dans ce taux de 32 % justifiant l'adaptation prévue à l' art. 40b OACI , 20 % étaient déjà pris en compte au motif que les indemnités journalières de l'assurance-invalidité s'élèvent à 80 % du revenu assuré. L'intimé est d'avis que cette solution entraîne une inégalité de traitement entre les assurés dont l'employeur tarde à résilier les rapports de travail et les assurés dont le contrat de travail a été résilié à l'échéance du délai de protection. En outre il soutient que l'arrêt 8C_397/2014 du 27 avril 2015 également invoqué par la recourante ne s'applique pas en l'espèce, motif pris qu'à la différence de ce précédent, il ne souffre plus d'aucune atteinte à la santé et il est parfaitement apte à exercer la même activité que par le passé. Ainsi, dans son cas, l'incapacité de travail et l'incapacité de gain se "rejoignent", preuve en est le fait que le revenu d'invalide a été fixé à 70'238 fr. 25 par l'office AI, soit un montant supérieur de 2'000 fr. au gain assuré retenu par UNIA et confirmé par les premiers juges, à savoir 68'387 fr. 44. Enfin, se référant à l'arrêt ATF 140 V 89 consid. 5.4.2 p. 95, l'intimé rappelle que l' art. 40b OACI ne s'applique pas dans les cas où le taux d'invalidité est inférieur à 10 %, de sorte que dans son cas, l'incapacité de gain fixée à 10 % est tout à fait marginale et ne doit pas donner lieu à une réduction du gain assuré en vertu de cette disposition réglementaire.

E. 7.3

En l'occurrence, le point de vue de la recourante est bien fondé. L'élément déterminant pour justifier une réduction du gain assuré en vertu de l' art. 40 OACI est la diminution de la capacité de gain, indépendamment de la capacité de travail de l'assuré au moment de la perception des indemnités de chômage. Or, l'intimé ne fait valoir aucun élément objectif de nature à mettre en cause les constatations de l'office AI faisant état d'une incapacité de gain de 10 % (décision du 11 avril 2016). En outre, dans la mesure où le revenu d'invalide

déterminant pour la comparaison des revenus selon l' art. 16 LPGA doit être distingué du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité de chômage, on ne saurait partager le point de vue de la cour cantonale, selon lequel le gain assuré de 68'388 fr. par année (5'699 fr. x 12) correspond à la capacité actuelle de l'assuré au seul motif qu'il est inférieur au revenu d'invalidité de 70'238 fr. 24 retenu par l'office AI. Par ailleurs, et quoi qu'en pense l'intimé, il n'y a pas de motif de revenir sur la jurisprudence, selon laquelle 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 (arrêt 8C_829/2016, déjà cité, consid. 6). Enfin, si un taux d'invalidité inférieur à 10 % ne justifie pas une telle adaptation (ATF 140 V 89 , déjà cité, consid. 5.4.2 p. 95), il en va différemment lorsque, comme en l'occurrence, le taux d'incapacité de gain fixé à 10 % est suffisant pour ouvrir droit à une rente d'invalidité de l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA).

Vu ce qui précède, la cour cantonale s'est écartée à tort de la décision sur opposition litigieuse de la recourante en ce qui concerne la réduction de 10 % du gain assuré à compter du 1er mai 2016. Le recours d'UNIA se révèle ainsi bien fondé.

Le jugement attaqué devant être annulé, la conclusion du recourant sur la fixation des dépens en instance cantonale est sans objet.

E. 8

A. _____, qui succombe dans les deux procédures, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). La Caisse de chômage UNIA n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

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