

# **GE\_GERICHTE ATAS/685/2013 vom 27. Juni 2013**

GE Cour de justice, 2013-06-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_685\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_685_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/685/2013 du 27 juin 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/685/2013 del 27 giugno 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RSG E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI; RS 837.0). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

En vertu de l'art. 1er al. 1 et 2 LACI, les dispositions de la LPGA, à l'exclusion de ses art. 21 et 24 al. 1er, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 38 et art. 56 ss LPGA).

### **E. 4**

Le recours porte sur le montant du gain assuré de la recourante.

### **E. 5**

En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

### **E. 6**

Selon l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré. L'assuré perçoit en outre un supplément qui correspond au montant, calculé par jour, de l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle légales auxquelles il aurait droit s'il avait un emploi. Ce supplément n'est versé qu'aux conditions suivantes: les allocations ne sont pas versées à l'assuré durant la période de chômage (let. a); aucune personne exerçant une activité lucrative ne peut faire valoir de droit aux allocations pour ce même enfant (let. b).

### **E. 7**

L'art. 23 al. 1 1ère phrase LACI dispose qu'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

A/3219/2012 - 5/8 - la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 1ère phrase de la loi sur l'assurance- vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. L'art. 6 al. 2 let. b du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) précise que ne sont pas comprises dans le revenu de l'activité lucrative les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) et l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire.

## **E. 8**

Conformément à l'art. 15 al. 2 LACI, le handicapé physique ou mental est réputé apte à être placé lorsque, compte tenu de son infirmité et dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché.

L'octroi d'une rente d'invalidité n'exclut pas l'aptitude au placement, ce d'autant plus que les organes de l'assurance-chômage ne sont pas liés par l'appréciation de l'assurance-invalidité (ATFA non publié C 140/05 du 1er février 2006, consid. 3.1). Aux termes de l'art. 40b de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI ; RS 837.02), 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. L'art. 40b OACI prescrit ainsi la correction du gain assuré dans des cas exceptionnels. Une diminution de la capacité de travail imputable à l'état de santé d'un assuré ne peut par définition pas influencer sur le salaire si elle survient immédiatement avant ou même durant le chômage. Dans un tel cas, la capacité de travail nouvelle de l'assuré ne correspond plus à celle qui était la sienne avant la période de chômage et en fonction de laquelle le salaire a été déterminé. Dans la mesure où le salaire réalisé avant la période de chômage sert de base de calcul pour le gain assuré, une adaptation conformément à l'art. 40b OACI est nécessaire car la personne assurée ne pourrait plus obtenir ce revenu en raison de l'invalidité survenue dans l'intervalle. La condition de l'immédiateté au sens de l'art. 40b OACI est réalisée lorsque la limitation liée à une atteinte à la santé ne s'est pas encore répercutée sur le salaire (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). Les organes de l'assurance-chômage doivent se fonder sur l'appréciation de la capacité de gain par l'assurance-invalidité s'agissant de la capacité lucrative effective au sens de l'art. 40b OACI (ATFA non publié C 300/00 du 20 octobre

A/3219/2012 - 6/8 - 2004, consid. 3.2). Le gain assuré doit donc être réduit dans la proportion du degré d'invalidité. A titre d'exemple, pour un assuré qui percevait avant l'invalidité un salaire de 4'000 fr. et auquel l'OAI reconnaît un degré d'invalidité de 40 %, l'assurance-chômage devra tenir compte d'un degré de validité de 60 % correspondant à la capacité résiduelle de gain. Le gain assuré sera de 60 % de ces 4'000 fr., soit 2'400 fr. (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., Zurich 2006, n° 4.6.12, p. 318). Le Tribunal fédéral a admis que cette manière de calculer le gain assuré est conforme au droit (ATFA non publié C 140/05 du 1er février

2006, consid. 3.2.3; ATFA non publié 146/03 du 13 juillet 2004, consid. 2.3; ATFA non publié C 66/03 du 21 avril 2004, consid. 2.3).

#### **E. 9**

La recourante allègue que son gain assuré doit correspondre au revenu d'invalidé déterminé par l'OAI. Comme cela ressort des dispositions légales citées, le gain assuré repose en principe sur le revenu réalisé durant la période de cotisation. La loi prévoit certes des situations dans lesquels le gain assuré ne correspond pas au gain réel perçu avant la survenance du chômage. Tel est notamment le cas du gain assuré des personnes visées à l'art. 23 al. 2 LACI, soit celles qui, au terme d'un apprentissage, touchent des indemnités de chômage et celles qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation, pour lesquelles le gain assuré est déterminé de manière forfaitaire. En outre, pour les assurés parties à un rapport de travail mais qui n'ont pas touché de salaire et partant payé de cotisations en raison d'une maladie ou d'un accident pendant un temps assimilé à une période de cotisation en vertu de l'art. 13 al. 2 let. c LACI, est déterminant pour le gain assuré le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu, conformément à l'art. 39 OACI. On rappellera cependant, s'agissant de ce cas de figure, que les prestations compensant une perte de salaire en cas de maladie ou d'accident versées par une assurance étrangère à l'employeur n'entrent pas dans la définition de revenu soumis à cotisations ou de gain assuré (ATF 128 V 176 consid. 3). En revanche, il n'existe pas d'exception au principe énoncé à l'art. 23 al. 1 LACI, selon lequel le gain assuré correspond au revenu réalisé durant la période de cotisation de référence, lorsque celui-ci est composé d'indemnités journalières de l'assurance-invalidité car ces prestations font partie du salaire déterminant en vertu de l'art. 6 al. 2 RAVS. On notera d'ailleurs qu'il n'est pas déterminant que le revenu réalisé soit le fruit d'une activité lucrative, seul est pertinent le caractère de salaire déterminant au sens de la LAVS (Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosen- versicherung, in Schweizerisches Bundes-verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd. 2007, n. 364 p. 2287). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que dans le cas d'un assuré qui exerçait une activité indépendante avant de se soumettre à une mesure de réadaptation de l'assurance-invalidité, la caisse doit se fonder pour

A/3219/2012 - 7/8 - le gain assuré sur les indemnités journalières versées par cette assurance (ATF 123 V 223 consid. 4f). Ainsi, la détermination du gain assuré par l'intimée est correcte et il n'existe aucun motif de s'écarter du revenu soumis à cotisation durant la période de référence pour retenir le revenu d'invalidé selon l'OAI, lequel constitue un revenu hypothétique et non le salaire soumis à cotisation durant la période de référence. Il est vrai que selon l'art. 23 al. 1 1ère phrase de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20), l'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé. On peut dès lors se demander s'il est justifié de retenir à titre de gain assuré 39 % de cette indemnité, dès lors qu'elle est inférieure au revenu sans invalidité et reflète ainsi déjà partiellement les répercussions de l'état de santé de la recourante sur sa capacité de gain. La correction prévue par l'art. 40b OACI reste cependant justifiée, puisque le montant des indemnités journalières prises en compte pour déterminer le gain assuré correspond à 80 % de son revenu sans invalidité et est ainsi largement supérieur au salaire que la recourante peut désormais espérer réaliser. Quant au calcul auquel a procédé l'intimé, il se révèle conforme à la jurisprudence et la doctrine citées.

#### **E. 10**

Eu égard à ce qui précède, le recours sera rejeté. La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3219/2012 - 8/8 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

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