

# **GE\_GERICHTE ATAS/940/2022 vom 26. Oktober 2022**

GE Cour de justice, 2022-10-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_940\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_940_2022)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/940/2022 du 26 octobre 2022

IT: GE\_GERICHTE ATAS/940/2022 del 26 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 4.1**

En l'espèce, le recourant a bénéficié (durant douze mois au moins pendant le délai-cadre de cotisation) des indemnités journalières AI, soumises à cotisation, jusqu'au 31 mai 2021, si bien que l'intimée a ouvert en sa faveur un délai-cadre d'indemnisation du 1er juillet 2021 au 30 juin 2023. Le gain assuré, fixé à CHF 7'867.-, a été calculé sur la base des dites indemnités, ce qui est correct, dès lors que celles-ci sont considérées comme salaire déterminant. L'intimée a toutefois procédé à une réduction de 47% dudit montant, équivalant à un gain assuré de CHF 4'170.-, pour tenir compte du taux d'invalidité de 47% retenu par l'OAI dans sa décision du 19 novembre 2021. Elle a appliqué cette réduction dès l'ouverture du délai-cadre, soit dès le 1er juillet 2021.

### **E. 4.2**

Le recourant conteste la réduction du gain assuré opérée par l'intimée. Il considère que l'art. 40b OACI ne s'applique pas à son cas puisque son atteinte à la

A/1346/2022 - 10/15 - santé n'est ni survenue pendant le chômage, ni juste avant. Il relève que les indemnités journalières AI - déterminantes pour le calcul du gain assuré - étaient déjà inférieures au dernier revenu perçu avant son atteinte à la santé (AVC), laquelle remonte au 7 décembre 2013, et que le salaire déterminant a donc déjà été affecté par celle-ci. Il fait valoir que sans son atteinte ses perspectives salariales auraient augmenté.

### **E. 5.1**

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a certes considéré, dans un arrêt C 314/02 du 4 mars 2005, que lorsqu'un assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage, l'art. 40b OACI ne s'applique pas (consid. 2.2.1). Dans cette affaire, l'assurée, atteinte d'une maladie dégénérative des muscles depuis 1992, avait bénéficié d'une reconversion professionnelle de l'assurance- invalidité entre 1994 et 1997. Au cours du premier délai-cadre d'indemnisation en 1997, elle avait occupé divers postes, qu'elle avait dû abandonner en raison de son handicap, avant de pouvoir bénéficier à nouveau des indemnités de chômage sur la base d'un gain assuré, fixé en proportion de son taux de disponibilité. Au cours du second délai-cadre d'indemnisation, la caisse de chômage avait requis la restitution des indemnités indûment perçues suite à la décision de l'OAI de lui accorder une rente pour cas pénible et une rente d'invalidité avec effet rétroactif à une date antérieure au second délai-cadre d'indemnisation. Le Tribunal fédéral a relevé qu'au vu de ces circonstances, il y avait lieu d'admettre que la capacité de gain de l'assurée était déjà limitée bien avant la première demande d'indemnités, mi-septembre 1997, de même que lors de la seconde demande de prestations, de sorte qu'elle n'avait subi une atteinte dans sa capacité de gain imputable à son état de santé ni immédiatement avant, ni pendant le chômage.

## **E. 5.2**

Cela étant, l'art. 40b OACI permet de corriger le gain assuré retenu initialement lorsqu'un assuré est reconnu invalide (pour autant que le taux d'invalidité soit supérieur à 10%) par un assureur après son inscription au chômage, afin d'éviter que l'intéressé ne perçoive des indemnités de chômage basées sur un gain qu'il n'est en réalité plus en mesure de réaliser. Ainsi, lorsqu'un assuré se voit allouer une rente d'invalidité, avec effet rétroactif, pour une période pendant laquelle il a déjà perçu des indemnités journalières de l'assurance-chômage, la caisse de chômage qui lui a alloué ces indemnités est en droit de procéder à une révision procédurale des décisions d'indemnisation et, s'il s'avère qu'elle a versé des prestations auxquelles l'assuré n'avait pas droit en raison d'un gain assuré inférieur à celui retenu initialement, d'en exiger la restitution (arrêt du Tribunal fédéral C 93/05 du 20 janvier 2007 consid. 2.3). Par conséquent, le fait qu'un assuré voit sa capacité de gain réduite (invalidité), bien avant la période de chômage n'exclut pas l'application de l'art. 40b OACI, si, durant le délai-cadre d'indemnisation, sa capacité de gain demeure réduite. Est déterminante pour la correction du gain assuré au sens de cette disposition, non

A/1346/2022 - 11/15 - pas la question de savoir si l'invalidité est antérieure à la période de chômage, mais celle de savoir si la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé a été prise en compte pour le calcul du gain assuré. À cet égard, dans un ATF 133 V 530, précisant en particulier la notion d'« immédiate » au sens de l'art. 40b OACI, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la caisse de chômage afin qu'elle recalcule le gain assuré, initialement basé sur le dernier salaire réalisé par l'assuré - qui s'était annoncé au chômage en juin 2002 -, car la perte de la capacité de gain n'avait pas été prise en compte dans le calcul du gain assuré, alors que le degré d'invalidité, arrêté à 65%, ouvrait droit à une demi-rente dès le 1er avril 2001 (et à un trois quarts de rente à partir du 1er janvier 2004). Par conséquent, le fait que l'invalidité soit survenue avant la période de chômage ne fait pas obstacle à l'adaptation du gain assuré en vertu de l'art. 40b OACI.

## **E. 5.3**

Au vu des développements qui précèdent, même si l'invalidité du recourant - au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 1er juillet 2021 - remonte au 7 décembre 2013, cela ne signifie pas encore qu'une correction du gain assuré est exclue selon l'art. 40b OACI. Sur le principe, l'intimée pouvait réduire le gain assuré du recourant à la suite de la décision de l'OAI du 19 novembre 2021.

## **E. 6.1**

Le recourant soutient que le calcul de son gain assuré par l'intimée le défavorise à trois niveaux, puisqu'en se fondant sur les indemnités journalières AI – déjà inférieures au revenu qu'il a réalisé en dernier lieu auprès de son ex-employeuse –, l'intimée a retenu un gain assuré correspondant à 53% de 80% de sa dernière rémunération, déjà amoindrie en raison de son état de santé.

### **E. 6.1.1**

Il est vrai que durant les mesures de réadaptation de l'AI, en vertu de l'art. 23 al. 1 1ère phrase LAI, l'assuré perçoit une indemnité de base qui s'élève à 80% du revenu obtenu pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé.

### **E. 6.1.2**

Dans une affaire ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_829/2016, l'assuré, qui avait bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation du 3 octobre 2011 au 2 octobre 2013, avait déposé le 6 décembre 2012 une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité en raison d'une atteinte oculaire. Du 1er juillet 2013 au 11 janvier 2015, il avait participé à différentes mesures d'insertion AI, pendant lesquelles lui avaient été versées des indemnités journalières à hauteur de 80% du dernier salaire obtenu. Au cours du nouveau délai-cadre d'indemnisation débuté le 12 janvier 2015, la caisse avait adapté le gain assuré, après que l'OAI eût arrêté le degré d'invalidité à 32%. Saisi d'un recours de l'assuré, le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne l'avait admis et avait renvoyé la cause à la caisse pour recalcul du montant des indemnités journalières. Le tribunal avait estimé que le gain assuré, qui devait être adapté au sens de l'art. 40b OACI, ne pouvait être calculé sur la base d'un revenu

A/1346/2022 - 12/15 - ayant déjà fait l'objet d'une réduction de 20%. À l'appui de sa position, le tribunal cantonal avait mentionné que le calcul de l'indemnité journalière AI - comprenant une réduction de 20% opérée en vertu de l'art. 23 al. 1 LAI - était effectué indépendamment de la capacité de gain effective de la personne assurée. Or, le gain assuré selon l'art. 40b OACI - correspondant à la capacité de gain résiduelle - englobait également cette réduction de 20%, puisqu'il était calculé sur la base des indemnités journalières AI (arrêt 715 16 122 du 18 août 2016 consid. 3.5). Saisi par la caisse, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal cantonal avait violé le droit fédéral en retenant comme base de calcul du gain assuré le dernier revenu généré par l'assuré, en lieu et place des indemnités journalières AI perçues durant la période de référence, celles-ci étant réputées salaire déterminant au sens de la LAVS (consid. 5). De manière convaincante, le tribunal cantonal avait exposé qu'il convenait d'adapter le gain assuré en fonction du degré d'incapacité de gain au sens de l'art. 40b OACI, mais on ne pouvait arguer qu'en vertu des art. 23 al. 1 LAI et 40b OACI, l'incapacité de gain existante à hauteur de 20% avait déjà au moins partiellement été prise en compte au moment de la détermination du gain assuré sur la base des indemnités journalières AI (consid. 6).

### **E. 6.1.3**

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé sa position dans un arrêt 8C\_821/2017 + 8C\_825/2017 du 4 juin 2018. Dans cette affaire, l'intéressé avait également perçu des indemnités AI durant la période de référence des douze derniers mois de cotisation précédent le délai-cadre d'indemnisation, indemnités qui, puisque soumises à cotisation, devaient être prises en compte pour le calcul du gain assuré déterminant (consid. 6). Le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait pas de motif de revenir sur sa jurisprudence, selon laquelle la différence de 20% entre le revenu assuré et le montant de l'indemnité journalière de l'AI ne devait pas être prise en considération dans l'adaptation de gain assuré prescrite à l'art. 40b OACI (consid. 7.3).

### **E. 6.1.4**

Quand bien même le salaire déterminant, fixé sur la base des indemnités journalières AI, correspond approximativement à 80% du dernier revenu réalisé, la réduction de 20% opérée selon l'art. 23 al. 1 LAI est indépendante de la capacité de gain effective. En effet, l'indemnité journalière, à titre de prestation accessoire aux mesures de réadaptation, a été prévue pour garantir une aide économique à l'assuré qui, au stade de la réadaptation, est souvent encore atteint d'une incapacité de travail ou ne peut exercer une activité lucrative en

raison précisément de l'application des mesures de réadaptation (Message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1161, p. 1190). Par conséquent, l'indemnité journalière AI couvre la perte économique et non la diminution de la capacité de gain (cf. ATAS /563/2018 du 21 juin 2018).

A/1346/2022 - 13/15 - Ceci est d'autant plus vrai que le risque d'incapacité de travail et le risque d'incapacité de gain, respectivement d'invalidité, constituent des risques différents, si bien que les prestations octroyées sont différentes selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre risque (Ueli-KIESER, ATSG-Kommentar, 3ème éd., 2015, n. 45 ad art. 6). L'incapacité de travail donne en effet lieu à des prestations à court terme (indemnités journalières - soit des prestations en espèces versées au jour le jour, qui procurent un revenu de remplacement à l'assuré empêché d'exercer sa profession). L'incapacité de gain, quant à elle, donne lieu à des prestations à long terme (rentes - soit des prestations en espèces versées mensuellement ; Pierre- Yves GREBER / Bettina KAHIL-WOLFF / Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Romolo MOLO, Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, 2010, p. 123-124 ; Anne-Sylvie DUPONT, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, in: Revue de droit suisse, Vol. 133[2014], Halbbd. 2, p. 403 ; KIESER, op cit., n. 12 et 15 ad art. 15). En outre, compte tenu du principe de la priorité de la réadaptation sur la rente, le droit à la rente - qui présuppose une incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 LPGA) - revêt un caractère subsidiaire, car elle n'est en principe allouée que lorsque la réadaptation est impossible, lorsqu'elle s'est avérée insuffisante ou lorsqu'elle a échoué. Il s'ensuit notamment que l'assuré n'a pas droit à une rente tant que sont mises en œuvre des mesures de réadaptation et que des indemnités journalières sont allouées à ce titre (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 2016 et les références).

### **E. 6.2.1**

En l'espèce, certes le recourant a été mis au bénéficiaire, avec effet rétroactif, d'une rente entière d'invalidité du 1er novembre 2017 au 28 février 2019, puis, dès le 1er juin 2021, d'un quart de rente fondé sur un taux d'invalidité de 43% consécutif aux mesures professionnelles suivies notamment durant le délai-cadre de cotisation. Toutefois, les indemnités journalières AI, soumises à cotisations, en particulier celles versées au cours des six derniers mois précédant le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), soit du 1er janvier au 30 juin 2021 - dont la moyenne est supérieure à celle des douze derniers mois (art. 37 al. 2 OACI) - déterminantes pour le calcul du gain assuré, n'ont pas été affectées par l'invalidité, contrairement à ce que semble croire le recourant. En effet, la réduction du revenu de la dernière activité lucrative de 20%, effectuée en vertu de l'art. 23 al. 1 LAI, qui se répercute sur le salaire déterminant, n'équivaut pas à une perte de la capacité de gain. D'autre part, l'octroi du quart de rente rétroactif au 1er juin 2021, ce qui implique pourtant une incapacité de gain de longue durée, ne modifie pas le calcul du gain assuré, dès lors que, pour la période du 1er janvier au 30 juin 2021 - ici pertinente - il ressort des décomptes d'indemnités journalières de l'AI figurant au dossier, que la rente a été suspendue

A/1346/2022 - 14/15 - à juste titre en raison du versement des indemnités journalières AI pendant cette période.

### **E. 6.2.2**

À l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation le 1er juillet 2021, l'OAI n'avait pas encore rendu sa décision déterminant le taux d'invalidité du recourant. En revanche, dès le moment où cette décision a été rendue, le 19 novembre 2021, celle-ci constituait une base suffisante pour l'adaptation du gain assuré dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, puisque que l'intimée, à ce moment- là, avait connaissance du degré d'invalidité du recourant. Il sied encore de préciser que le fait que le recourant ait recouru contre la décision de l'OAI – en concluant à ce qu'il lui soit reconnu un taux d'invalidité supérieur – n'a pas d'influence sur la présente cause. En effet, dans l'hypothèse où son taux d'invalidité devait être revu à la hausse, l'intimée devrait simplement adapter le gain assuré en proportion du taux d'invalidité, conformément à l'art. 40b OACI. Ainsi, force est de constater que le recourant n'est plus en mesure de réaliser ni le salaire qu'il percevait avant son invalidité, ni le salaire déterminant correspondant à la moyenne des indemnités journalières perçues au cours des six derniers mois précédant la période de référence, même en mettant pleinement à contribution sa capacité de travail résiduelle dans une activité adaptée. En effet, une telle activité lui permettrait de réaliser un salaire inférieur de 47% à celui qu'il aurait pu espérer en bonne santé dans son activité habituelle. Cette perte de gain, imputable à une atteinte à la santé, ne peut toutefois être mise à la charge de l'assurance- chômage, qui exclut, aux termes de l'art. 1a al. 1 let. a LACI, une compensation convenable du manque à gagner dû à une autre cause que le chômage. De même s'agissant des éventuelles perspectives salariales qui, selon le recourant, auraient été supérieures sans l'atteinte à la santé, qui, en plus d'être hypothétiques, ne peuvent quoi qu'il en soit pas être prises en considération dans l'assurance chômage. Partant, c'est à juste titre que l'intimée a procédé à la réduction du gain assuré au prorata de la capacité résiduelle de gain, soit 53%, résultant de la différence entre 100% et le degré d'invalidité de 47%, dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Seul le taux d'invalidité est décisif, et non la capacité de travail résiduelle, puisque selon l'art. 40b OACI est déterminante l'atteinte à la capacité de gain (cf. arrêt du Tribunal fédéral C 154/06 du 14 septembre 2007 consid. 8.2). Or, la capacité de travail résiduelle correspond au temps de travail exigible de l'assuré, non à sa capacité de gain.

#### **E. 7.1**

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

#### **E. 7.2**

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGa).

A/1346/2022 - 15/15 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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