

GE_GERICHTE A/2805/2017 vom 21. Juni 2018

GE Cour de justice, 2018-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2805_2017

FR: GE_GERICHTE A/2805/2017 du 21 juin 2018

IT: GE_GERICHTE A/2805/2017 del 21 giugno 2018

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 21.06.2018
A/2805/2017

A/2805/2017 ATAS/563/2018 du 21.06.2018 (CHOMAG), REJETE En fait En droit
rÉpublique et canton de genÈve POUVOIR JUDICIAIRE A/2805/2017 ATAS/563/2018
COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 21 juin 2018 3 ème
Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié c/o M. B_____, à GenÈve, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître Thierry STICHER recourant contre CAISSE
CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GenÈve
intimée EN FAIT 1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en _____ 1965, s'est
annoncé le 25 novembre 2016 à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) en indiquant
vouloir retrouver un poste à temps partiel (50%) dès le 2 janvier 2017. ![endif]>![if>
L'assuré a une fille et un fils, nés le _____ 2004, respectivement le _____ 2008. 2.
Le 14 décembre 2016, l'assuré a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la
Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la Caisse). Il a déclaré que son dernier
employeur était la société C_____ SA, pour le compte de laquelle il avait travaillé à plein
temps du 1 er juillet 2010 au 31 août 2013, date de la prise d'effet de la résiliation du
contrat de travail par l'employeur. Le dernier jour de travail effectué remontait au 30
septembre 2012, date à compter de laquelle il avait été en arrêt de travail pour cause de
maladie (burn-out). L'assuré a spécifié être au bénéfice d'une indemnité journalière de
l'assurance-invalidité. ![endif]>![if> À sa demande, l'assuré a joint : - un certificat du
18 novembre 2016, émanant de la doctoresse D_____, spécialiste FMH en psychiatrie et
psychothérapie et médecin traitant, attestant une incapacité de travail de 50% pour une
durée indéterminée ; ![endif]>![if> - un projet de décision du 5 décembre 2016 de
l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Vaud (ci-après : l'OAI) proposant de
reconnaître à l'assuré - qui avait déposé une demande de prestations le 8 mars 2013 - un
degré d'invalidité de 72% dès le 1 er octobre 2013 ; selon les pièces médicales versées au
dossier, l'assuré ne pouvait plus exercer son activité habituelle de directeur de fiduciaire
depuis le 1 er octobre 2012 ; l'intéressé avait bénéficié de diverses mesures
professionnelles, du 11 juin 2013 au 31 décembre 2016, durant lesquelles il avait bénéficié
d'indemnités journalières AI ; à l'issue de l'instruction, avait été retenue une capacité de
travail de 50% dans une activité adaptée (c'est-à-dire sans responsabilité, avec peu de stress,
par exemple travail administratif dans de petites entreprises, comptabilité, travail de
bureau) ; le revenu annuel sans invalidité a été arrêté, pour l'année 2016, à CHF 121'683.-
et celui avec invalidité à CHF 34'490.38.- (selon l'Enquête Suisse sur la Structure des
Salaires 2014 [ESS], tableau TA1_tirage_skill_level, niveau 2, branche 69 [comptabilité],
homme, durée hebdomadaire normale de travail en 2014 [41,7 heures], indexé, à 50% et
après réduction supplémentaire de 10% pour tenir compte des limitations fonctionnelles et
du taux d'occupation réduit) ; la comparaison des revenus montrait une perte de gain de

CHF 87'192.62.-, correspondant à un degré d'invalidité de 71,66%. ![/endif]>![if > 3. Dans un rapport du 6 janvier 2017 adressé à la Caisse, la Dresse D _____ a attesté d'une aptitude au travail de l'assuré de 0% d'octobre 2012 au printemps 2015, puis de 50% depuis l'été 2015 dans une activité adaptée, c'est-à-dire n'impliquant ni adaptabilité accrue/rapide, ni stress. ![/endif]>![if > 4. Les décomptes versés au dossier indiquent que l'assuré a bénéficié des indemnités journalières AI (brutes) suivantes : CHF 8'990.- en janvier, mars, mai, juillet, août, octobre et décembre 2016, CHF 8'410.- en février 2016, CHF 8'700.- en avril, juin, septembre et novembre 2016, puis CHF 175.70 en janvier 2017. ![/endif]>![if > 5. Le 2 février 2017, l'assuré a communiqué à la Caisse une attestation de l'OAI du 27 janvier 2017, confirmant l'octroi d'une rente entière, basée sur un degré d'invalidité de 72%, depuis le 1 er octobre 2013. ![/endif]>![if > 6. Dans une note de travail non datée, la Caisse a fixé le gain assuré à CHF 8'893.- (correspondant à la moyenne des indemnités journalières brutes AI des six derniers mois), montant qu'elle a réduit à CHF 2'490.- (28% de CHF 8'893.-) compte tenu de la rente d'invalidité de 72%. L'indemnité journalière se montait à CHF 91.80 (2'490.- × 80% / 21,7). ![/endif]>![if > 7. À la demande de l'assuré, la Caisse a rendu en date du 16 mars 2017 une décision formelle fixant le gain assuré à CHF 8'893.-, réduit à CHF 2'490.-. ![/endif]>![if > 8. Par décision formelle du 24 mars 2017 entrée en force, l'OAI a reconnu à l'assuré un degré d'invalidité de 72%. Constatant que sa capacité à exercer une activité adaptée était réduite à 50%, il lui a octroyé une rente entière à compter du 1 er octobre 2013. ![/endif]>![if > À cette décision a été joint un décompte de prestations mentionnant que, du 1 er avril au 31 décembre 2016, la rente était suspendue en raison du versement des indemnités journalières AI. 9. Par pli du 28 mars 2017, l'assuré a contesté la décision de la Caisse du 16 mars 2017. ![/endif]>![if > Il a fait valoir que l'OAI, pour sa part, lui avait reconnu une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée, correspondant à un revenu annuel hypothétique de CHF 38'322.64 (sans tenir compte de l'abattement de 10%), soit un salaire mensuel de CHF 3'185.20. Il a demandé que la Caisse tienne dès lors compte d'une capacité de gain résiduelle de 50% - et non de 28% - et recalcule le montant de ses indemnités journalières sur la base dudit revenu hypothétique. Rien ne justifiait en effet, selon lui, qu'elle s'écartât des critères de l'OAI en matière de capacité de gain résiduelle. 10. Par décision du 7 juin 2017, la Caisse a confirmé celle du 16 mars 2017 au motif que la capacité résiduelle prise en considération ne pouvait être que celle correspondant au taux d'invalidité fixé par l'OAI, soit 28% du revenu effectivement réalisé. ![/endif]>![if > 11. Par écriture du 28 juin 2017, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans. ![/endif]>![if > Il conclut à ce que son gain assuré soit fixé à 8'893.-CHF/mois, à ce que des indemnités journalières de CHF 163.90 lui soient versées et à ce que l'intimée soit condamnée à lui payer CHF 7'426.30, montant correspondant aux indemnités journalières encore dues pour les mois de janvier à mai 2017. Le recourant reproche à l'intimée de confondre les notions de capacité de travail et d'invalidité. Il rappelle que le degré d'invalidité de 72% qui lui a été reconnu découle de la prise en compte d'éléments économiques liés à la comparaison des revenus, alors que sa capacité de travail dans une activité adaptée a été évaluée à 50%. Il en tire la conclusion que son aptitude au placement est donc de 50%. Le recourant soutient que les dispositions applicables au gain assuré des handicapés ne sauraient lui être opposées, puisque le salaire déterminant, fixé sur la base des indemnités journalières AI - inférieures au dernier revenu de travail (plus de CHF 120'000.-) - a déjà été affecté par son handicap, lequel remonte au 1 er octobre 2012 (recte : 2013) et n'est donc survenu ni pendant le chômage, ni juste avant. Le recourant évalue le montant de ses indemnités journalières à CHF 163.90 (8'893.- × 50%

× 80% / 21,7). 12. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 27 juillet 2017, a conclu au rejet du recours. Elle relève que le recourant n'a pu en l'état œuvrer sur le marché libre du travail. Elle soutient que c'est le taux d'invalidité fixé par l'autorité compétente (72%) qui fait foi et non le taux de la capacité résiduelle hypothétique (50%).

13. Par écriture du 16 août 2017, le recourant a persisté dans ses conclusions.

Il considère que la question de savoir si le gain assuré doit être réduit de 72% ou plutôt - comme il le plaide - de 50% doit être résolue sous l'angle de l'aptitude au placement. Il soutient que si sa capacité de travail résiduelle de 50% n'était indemnisée qu'à 28% (100 – 72) par le chômage, la coordination avec le système AI serait mise en péril.

14. Le 30 août 2017, l'intimée a indiqué n'avoir aucune remarque supplémentaire à formuler.

15. Le 3 novembre 2017, elle s'est prévalu d'une jurisprudence du Tribunal fédéral dont elle a tiré la conclusion que sa position ne prêtait pas le flanc à la critique. 16. Par écriture du 15 novembre 2017, le recourant a persisté dans ses conclusions. Selon lui, la jurisprudence invoquée ne s'applique pas à son cas.

17. Copie de cette écriture transmise à l'intimée, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), 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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

2. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément. 3. Interjeté dans le délai et la forme requis, le recours est recevable (art. 56ss LPGA). 4. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de réduire le gain assuré du recourant de CHF 8'893.- à CHF 2'490.- en proportion du degré d'invalidité de 72% fixé par l'OAI.

5. a. Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres, s'il est apte au placement (let. f). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement n'est pas sujette à fractionnement. Soit cette condition du droit est donnée, soit elle ne l'est pas (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 5 ad art. 15 LACI). Si un chômeur a cotisé sur la base d'une activité à un taux donné et qu'une fois au chômage, il ne recherche, globalement, qu'une activité à un taux inférieur, la perte de travail à prendre en considération et le gain assuré devront être réduits proportionnellement. C'est uniquement sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération, exprimée en pour cent, qu'il convient, le cas échéant, de tenir compte du fait qu'un chômeur ne peut ou ne veut travailler selon une disponibilité comparable à celle qui prévalait durant le rapport de travail qui a été pris en compte pour le calcul de la période de cotisation (RUBIN, op cit., n. 9 ad art. 11 LACI et les références citées). b. 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 (art. 15 al. 2 1^{ère} phrase, LACI). L'octroi d'une rente d'invalidité n'exclut pas l'aptitude au placement, d'autant plus que les organes de l'assurance-chômage ne sont pas liés par

l'appréciation de l'assurance-invalidité (arrêt du Tribunal fédéral C.140/05 du 1^{er} février 2006 consid. 3.1). 6. L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré lorsque l'assuré a une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (art. 22 al. 1 1^{ère} phrase, et al. 2 let. a a contrario LACI). 7. a. 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 (art. 23 al. 1, 1^{ère} phrase, LACI). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [OACI - RS 837.02]). 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'al. 1 (art. 37 al. 2 OACI). b. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2, 1^{ère} phrase, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 [LAVS -RS 831.10]). Le Conseil fédéral peut excepter du salaire déterminant les prestations sociales, ainsi que les prestations d'un employeur à ses employés ou ouvriers lors d'événements particuliers (art. 5 al. 4 LAVS). L'art. 6 al. 2 let. b du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) dispose que ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative : les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire et l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI - RS 831.20), dont l'al. 1 let. d indique que sont payées sur les indemnités journalières les cotisations à l'assurance-chômage. Ainsi, l'indemnité journalière versée par l'assurance-invalidité durant l'exécution d'une mesure de réadaptation est prise en compte en tant que salaire déterminant, pour autant que l'assuré ait exercé auparavant une activité lucrative dépendante (ATF 123 V 223 consid. 4e/bb). L'indemnité journalière AI sert donc de base pour déterminer le gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2016 du 30 juin 2017 consid. 4.2.3 et la référence). c. Le gain assuré journalier se détermine en divisant le gain assuré mensuel par 21,7 (art. 40a OACI), lequel correspond au nombre d'indemnités journalières par mois en moyenne annuelle (RUBIN, op cit., n. 6 ad art. 23 LACI). 8. a. Aux termes de l'art. 40b OACI, relatif au gain assuré des handicapés, 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. Par « atteinte dans la capacité de travail », étant relevé que la version allemande de cet article mentionne « Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit », on entend l'invalidité au sens de l'art. 8 LPGA et, partant, l'incapacité de gain complète ou partielle, a priori définitive ou pour une longue durée (ATF 133 V 530 consid. 3.2 ; ATF 140 V 89 consid. 5.2). b. La ratio legis de l'art. 40b OACI est d'assurer une coordination avec l'assurance-invalidité par une correction du gain assuré, dans le but d'empêcher une surindemnisation résultant de la coexistence d'une rente d'invalidité et d'indemnités de chômage (ATF 132 V 357 consid. 3.2.3). Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a élargi la ratio legis de l'art. 40b OACI en considérant que cette disposition règle non seulement la

coordination des prestations de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité, mais également - d'une manière plus générale - la délimitation de la compétence de l'assurance-chômage par rapport à d'autres assureurs en fonction de la capacité de gain de la personne assurée (ATF 133 V 524 consid. 5.2). c. L'art. 40b OACI prescrit une correction du gain assuré lorsque l'atteinte à la capacité de gain imputable à l'état de santé survient immédiatement avant ou pendant le chômage, dès lors que, dans un tel cas, la capacité de gain actuelle de l'assuré ne correspond plus à celle qui était la sienne avant la période de chômage et en fonction de laquelle le salaire avait été déterminé. Le salaire réalisé avant la période de chômage, qui sert de base de calcul pour le gain assuré, doit être adapté, puisque l'assuré ne pourrait plus obtenir ce revenu en raison de l'invalidité survenue dans l'intervalle. Une atteinte a lieu « immédiatement avant » le chômage au sens de l'art. 40b OACI lorsque la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé n'a pas (encore) eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI, en lien avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). Ainsi, pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le salaire déterminant, que l'assuré a effectivement touché pendant la période de référence avant que sa capacité de gain ne soit restreinte pour des raisons de santé, doit être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et son degré d'invalidité. Le revenu d'invalidité hypothétique ne fait pas foi (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.3). Le gain assuré se mesure donc en fonction de la capacité de gain résiduelle, si bien que dans le cas d'un taux d'invalidité de 33% - par exemple - la capacité de gain n'est plus entière, mais réduite. Le fait de se fonder sur la capacité de gain résiduelle vise à empêcher que l'indemnité de chômage se base sur un gain que l'assuré n'est plus à même de réaliser. Il y a donc lieu de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de gain réduite de la personne assurée pendant la période de chômage. Dans cette optique, une correction du gain assuré doit en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvre pas droit à une rente (ATF 133 V 524 consid. 5.2 et 5.3). Toutefois, lorsque l'incapacité de gain est inférieure à 10 %, l'art. 40b OACI ne trouve pas application (ATF 140 V 89 consid. 5.4.2). d. Le calcul du gain assuré prenant en compte l'invalidité, il ne doit pas faire intervenir une diminution supplémentaire des indemnités journalières en raison d'une restriction de la disponibilité à un taux d'activité de 50 % (arrêt du Tribunal fédéral C.140/05 du 1^{er} février 2006 consid. 3.2.3).

9. a. En principe, seule la décision (non encore entrée en force) de l'assurance-invalidité ou d'une autre assurance sociale constitue la base suffisante pour adapter le gain assuré au sens de l'art. 40b OACI, notamment si, dans le projet de décision, l'OAI envisage d'octroyer une rente AI, car, dans ce cas de figure, on peut supposer que l'assuré ne soulèvera pas d'objections à l'encontre de cette décision (ATF 142 V 380 consid. 5.5).

b. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) précise dans le Bulletin relatif à l'indemnité de chômage que la correction du gain assuré intervient dès le préavis de l'AI. Lorsque l'assuré perçoit une rente, le gain assuré est recalculé à partir du mois où l'assuré a droit à une rente (Bulletin LACI IC ch. C29).

10. a. 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 1^{er} janvier 2017, si bien que l'intimée a ouvert en sa faveur un délai-cadre d'indemnisation du 2 janvier 2017 au 1^{er} janvier 2019.

b. Le gain assuré, fixé à CHF 8'893.-, a été calculé sur la base des dites indemnités, ce qui n'est ni contesté, ni contestable, dès lors que celles-ci sont considérées comme salaire déterminant (cf. consid. 7b ci-dessus). À l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, le 2 janvier 2017, l'intimée a toutefois procédé à une réduction de 72%

dudit montant (équivalent à un gain assuré de CHF 2'490.- $[(100\% - 72\%) \times 8'893.-]$), pour tenir compte du taux d'invalidité de 72% retenu par l'OAI dans son projet de décision du 5 décembre 2016, confirmé par décision formelle du 24 mars 2017. b. Le recourant conteste la réduction du gain assuré opérée par l'intimée. Il relève que les indemnités journalières AI - déterminantes pour le calcul du gain assuré - étaient déjà inférieures à son dernier revenu et que le salaire déterminant a donc ainsi déjà été affecté par son handicap, lequel remonte au 1er octobre 2013. Il argue que son handicap n'étant survenu ni pendant le chômage, ni juste avant, l'art. 40b OACI lui est inapplicable. Son aptitude au placement étant de 50%, vu la capacité de travail résiduelle retenue par l'OAI, il propose que son gain assuré ne soit réduit que de 50%. 11. a. L'argumentation du recourant ne saurait être suivie.

b. Certes, dans l'arrêt C.314/02 du 4 mars 2005, le Tribunal fédéral a considéré 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, 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. c. 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 voie 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 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, il y a lieu de relever que, dans l'ATF 133 V 530, dans lequel le Tribunal fédéral précise la notion d'« immédiate » au sens de l'art. 40b OACI, il 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 1^{er} avril 2001 (et à un trois-quarts de rente à partir du 1^{er} 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. d. Au vu des développements qui précèdent, même si l'invalidité du recourant - au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 2 janvier 2017 - remonte au 1^{er} octobre 2013, cela ne signifie pas encore qu'une correction du gain assuré est exclue selon l'art. 40b OACI. On ne voit en effet pas pour quels motifs un assuré qui bénéficie d'une rente entière, basée sur un degré d'invalidité de 72%, par hypothèse depuis le 10 janvier 2017, devrait se voir imposer une réduction de son gain assuré pendant la période de chômage conformément à l'art. 40b OACI, alors que, comme on le verra ci-après, la capacité de gain du recourant, bien qu'elle soit limitée avant même le début du chômage, reste réduite durant le délai-cadre d'indemnisation. e. Pour contrer l'application de cette disposition, le recourant soutient que son incapacité de gain a déjà été prise en compte dans le calcul du gain assuré, puisque celui-ci se fonde sur les indemnités journalières AI, nettement inférieures au revenu qu'il a réalisé en dernier lieu auprès de son ex-employeur. e/aa. Il est vrai que durant les mesures de réadaptation de l'AI, en vertu de l'art. 23 al. 1 1^{ère} 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. Dans l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2016 - invoquée par l'intimée dans son écriture du 3 novembre 2017 -, 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 1^{er} 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 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 ; voir sur le site du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne : <https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht/rechtsgebiet/arbeitslosenversicherung>). 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/bb. 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. 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/cc. In casu, certes le recourant a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 2013, fondée sur un taux d'invalidité de 72%, consécutive à l'échec des 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 1^{er} juillet au 31 décembre 2016 - 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, pour un double motif. D'une part, 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 de la rente rétroactive au 1^{er} octobre 2013, 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 1^{er} juillet au 31 décembre 2016 - ici pertinente - il ressort du décompte de prestations figurant dans la décision de l'OAI du 24 mars 2017 que la rente a été suspendue à juste titre en raison du versement des indemnités

journalières AI pendant cette période. f. À l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation le 2 janvier 2017, l'intimée était déjà en possession du projet de décision de l'OAI du 5 décembre 2016, informant le recourant de son intention de lui reconnaître une rente entière dès le 1^{er} octobre 2013. Ce projet de décision - qui ne prête pas le flanc à la critique au vu des éléments retenus par l'administration et qui, du reste, a été confirmé par décision du 24 mars 2017 entrée en force - constitue une base suffisante - le recourant s'étant vu reconnaître une rente entière - pour l'adaptation du gain assuré dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, puisque que l'intimée, à ce moment-là, avait déjà connaissance du degré d'invalidité du recourant. Dans la mesure où, dans ses rapports des 18 novembre 2016 et 6 janvier 2017, la Dresse D_____ atteste une incapacité de travail de 50% pour une durée indéterminée depuis l'été 2015, force est de constater que, durant le délai-cadre d'indemnisation, l'incapacité de gain du recourant à hauteur de 72% est demeurée inchangée. Par conséquent, il n'est plus en mesure de réaliser ni le salaire qu'il percevait avant son invalidité (environ CHF 120'000.-), 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, exigible à 50%, lui permettrait justement de réaliser un salaire inférieur de 72% à celui qu'il aurait pu espérer en bonne santé dans son activité habituelle de directeur d'une fiduciaire. 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. 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 28%, résultant de la différence entre 100% et le degré d'invalidité de 72%, dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Seul le taux d'invalidité est décisif, et non la capacité de travail résiduelle, comme le prétend le recourant, 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. Au demeurant, c'est à tort que le recourant estime que le gain assuré doit être réduit de 50%, au motif que ce taux correspondrait à celui de son aptitude au placement. C'est le lieu de rappeler que celle-ci n'est pas sujette à fractionnement. À cela s'ajoute que, comme on vient de l'exposer, en cas d'invalidité, le gain assuré se calcule conformément à l'art. 40b OACI. 12. Mal fondé, le recours ne peut qu'être rejeté. ![/endif]>![if> Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare le recours recevable. ![/endif]>![if> Au fond : 2. Le rejette. ![/endif]>![if> 3. Dit que la procédure est gratuite. ![/endif]>![if> 4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. ![/endif]>![if> La greffière Marie-Catherine SÉCHAUD La Présidente Karine STECK Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie

par le greffe le

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