

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 septembre 2012

Présidence de M. NEU, juge unique
Greffière : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

M. _____, à Pully, recourant, représenté par Me Anne-Sylvie Dupont,
avocate à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHOMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 40b et 41 al. 1 OACI

E n f a i t :

A. Le 28 janvier 2009, M._____ a conclu un contrat de travail de durée déterminée, du 1^{er} février au 15 décembre 2009, avec la société [...] en qualité de ferrailleur.

Victime d'un accident professionnel le 23 mars 2009, M._____ a touché les indemnités journalières de la SUVA du 26 mars 2009 au 30 avril 2011. Par décision du 8 avril 2011, la SUVA a considéré qu'en comparant le salaire annuel de 52'784 fr. que l'assuré pouvait gagner « toute la journée » dans une activité adaptée avec le salaire annuel de 58'404 fr. qu'il touchait avant l'accident en tant que ferrailleur, il en résultait une perte de gain de 9,62 % correspondant à une rente d'invalidité de 10 %. L'assuré avait dès lors droit à une rente mensuelle de 353 fr. 35 depuis le 1^{er} mai 2011.

B. M._____ a sollicité les indemnités de l'assurance-chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de Lausanne (ci-après : la caisse) à partir du 1^{er} mai 2011. Il a été déclaré apte à travailler à 100 % par l'Office régional de placement de Lausanne.

Par décision du 8 juillet 2011, la caisse a informé l'assuré que son gain mensuel assuré déterminant correspondait à 90 % du montant forfaitaire de 2'213 fr. (21,7 jours de travail moyen x 102 fr. d'indemnité journalière) applicable aux personnes sans formation supérieure ou sans formation professionnelle, soit au montant mensuel de 1'992 fr. équivalant à une indemnité journalière de 73 fr. 45 (1'992 fr. / 21,7 x 80 %). Par décision sur opposition du 13 décembre 2011, la caisse a confirmé sa décision du 8 juillet 2011 en ce sens que l'indemnité journalière de M._____ s'élevait à 73 fr. 75 (recte : 73 fr. 45) dès le 2 mai 2011.

C. Par acte du 30 janvier 2012, M._____ a formé recours contre la décision sur opposition du 13 décembre 2011, en concluant principalement à sa réforme dans le sens d'un droit à une indemnité journalière calculée sur un gain assuré de 2'213 fr., l'affaire étant

renvoyée à la caisse pour calcul du montant de l'indemnité journalière et versement sans délai de la différence, et subsidiairement à son annulation, l'affaire étant renvoyée à la caisse pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

Le recourant réclame une indemnité journalière de 81 fr. 60 (2'213 fr. / 21,7 x 80 %) au lieu de 73 fr. 45 (2'213 fr. / 21,7 x 90 % x 80 %). La différence de 8 fr. 15 pour le droit à 90 indemnités journalières (cf. art. 27 al. 4 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]) étant inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36] applicable par renvoi de l'art. 83c al. 2 LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2. Le litige porte sur la question de savoir si le gain assuré forfaitaire de 2'213 fr. doit être réduit en raison de l'octroi par la SUVA d'une rente d'invalidité de 10 % en faveur du recourant.

La caisse a ouvert un délai-cadre d'indemnisation au recourant sur la base de l'art. 14 al. 1 let. b LACI, lequel prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre de cotisation (en l'espèce, du 1^{er} mai 2009 au 30 avril 2011) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation pour un motif de maladie, d'accident ou de

maternité, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante.

Le recourant ne conteste pas le montant forfaitaire de 2'213 fr. pris en considération sur la base de l'art. 14 al. 1 let. b LACI (cf. art. 41 al. 1 let. c OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]). Il fait toutefois valoir que dans la mesure où les salaires annuels sans invalidité (58'404 fr.) et avec invalidité (52'784 fr.) déterminés par la SUVA sont supérieurs au forfait assuré de 26'556 fr. (2'213 fr. x 12), il est admissible de cumuler l'entier du forfait de l'assurance-chômage avec la rente invalidité de la SUVA, la condition de l'interdiction de surindemnisation des art. 68 et 69 al. 2 LPGA étant ainsi réalisée.

3. Aux termes de l'art. 40b OACI, 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.

Selon la Circulaire sur l'indemnité de chômage 2007 édictée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), l'application de l'art. 40b OACI vise à empêcher qu'une personne handicapée soit indemnisée sur la base d'un revenu qu'elle n'est plus en mesure d'obtenir en raison de son handicap (B256). Le gain assuré des personnes dont la capacité de travail est durablement réduite pour raison de santé est fixé en fonction du salaire qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité de gain résiduelle. Sont visées ici les personnes reconnues invalides par une autre institution d'assurance sociale. La protection d'assurance de l'assurance-chômage porte uniquement sur la capacité de travail résiduelle. La caisse se fondera donc sur le salaire que touchait l'assuré avant de voir sa capacité de travail réduite (salaire avant l'invalidité) et non sur le revenu hypothétique, établi par l'AI, que l'assuré pourrait encore réaliser compte tenu de son invalidité (C26). Pour les personnes handicapées libérées des conditions relatives à la période de cotisation, les montants forfaitaires

fixés à l'art. 41 OACI sont réduits à hauteur de la capacité de travail résiduelle ou de la perte de travail à prendre en considération (C28).

Dans un arrêt de principe du 9 juin 2006 (ATF 132 V 357), le Tribunal fédéral a indiqué que la ratio legis de l'art. 40b OACI était 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 (c. 3.2.3). Pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le Tribunal fédéral a conçu que, conformément à la pratique administrative et à la jurisprudence constante, le salaire déterminant était celui que l'assuré avait réalisé pendant une période déterminée avant d'être touché dans sa capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé. Indiquant à cet égard que cette notion du gain assuré était parfaitement conforme à la lettre de l'art. 23 al. 1 LACI, il a retenu que ce revenu devait ensuite être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité (c. 3.2.4.3). Dans un arrêt ultérieur du 18 juillet 2007 (ATF 133 V 524), le Tribunal fédéral a élargi la ratio legis de l'art. 40b OACI en considérant qu'il s'agissait de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de travail réduite de la personne assurée pendant la période de chômage et qu'une correction du gain assuré au sens de la disposition réglementaire devait en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvrait pas le droit à une rente (c. 5.2 et 5.3).

Dans un arrêt du 17 juin 2010 (TF B-7970/2009, Cour II), le Tribunal administratif fédéral a confirmé que dès qu'un taux d'invalidité était constaté, il en résultait obligatoirement une incidence sur le montant de l'indemnisation octroyée par l'assurance-chômage. Le fait que l'assuré puisse effectuer une activité « en plein » ou qu'il recherche un emploi à 100 % ne veut pas encore dire qu'il puisse réaliser un revenu égal à ce qui était le cas avant son accident. En effet, par capacité de travail (être en mesure de travailler), on entend la capacité physique et mentale ainsi que la disponibilité quant au temps et au lieu (ch. B222 de la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage). Le fait pour l'assuré de ne pas

pouvoir exercer certains travaux induit une telle capacité de travail réduite qui se répercute sur sa capacité de gain (c. 7.2).

En l'espèce, la SUVA a considéré que le recourant était à même d'exercer une activité légère dans différents secteurs de l'industrie, à la condition qu'il puisse travailler à hauteur de table ou d'établi. Au vu de cette diminution de la capacité de travail du recourant, la SUVA a calculé, en comparant les salaires sans et avec invalidité, que l'intéressé subissait une perte de gain de 9,62 % à prendre en considération, correspondant à une rente d'invalidité de 10 %. Qu'elle soit fondée sur le salaire avant l'invalidité ou sur les montants forfaitaires définis à l'art. 41 al. 1 OACI, l'indemnité de l'assurance-chômage doit être fixée en fonction de la capacité de travail résiduelle déterminée par la SUVA en application du principe de coordination entre les différentes assurances sociales. Le recourant se méprend en soutenant qu'il n'y a pas surindemnisation dès lors que le cumul du montant forfaitaire de l'art. 41 al. 1 OACI et celui de la rente d'invalidité est largement inférieur aux salaires avec ou sans invalidité et qu'il doit pouvoir toucher sa rente invalidité de l'assurance-accidents et les indemnités journalières de l'assurance-chômage jusqu'à concurrence du gain dont il est présumé privé. En effet, il faut tenir compte du fait que la capacité de travail du recourant est réduite dans le sens où il doit dorénavant pouvoir travailler à hauteur de table ou d'établi - ce qui a conduit la SUVA à lui accorder une rente d'invalidité de 10 % - et c'est précisément en diminuant du même taux l'indemnité de chômage que l'on empêche la surindemnisation. En outre, indemniser le recourant jusqu'à concurrence du gain réalisé avant l'accident viderait l'art. 14 LACI de sa substance, dans la mesure où le législateur a clairement voulu faire la distinction entre les assurés qui peuvent justifier d'une activité soumise à cotisation durant le délai-cadre de cotisation (cf. art. 13 LACI) et ceux qui en ont été empêché pour cause d'accident comme en l'espèce, mais qui ont quand même droit aux indemnités de l'assurance-chômage moyennant la prise en compte d'un gain assuré forfaitaire inférieur au salaire réalisé auparavant. Dans ces conditions, c'est à bon droit que la caisse a réduit le gain assuré du recourant en fonction de sa capacité de travail résiduelle. Le recours se révèle mal fondé.

4. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

5. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision attaquée est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Anne-Sylvie Dupont (pour M. _____)
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17

juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :